

LA REFORMA DEL PROCESO PENAL PERUANO

César SAN MARTIN CASTRO
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal
Pontificia Universidad Católica del Perú
Revista Peruana de Derecho Procesal II, Marzo 1998, p. 227- 257.

La tantas veces anunciada reforma del proceso penal peruano, anunciada y concretada en un Código que es ley de la República aunque no tiene vigencia, es descrita por uno de sus autores más prominentes, haciendo de dominio público los fines que privilegió el trabajo legislativo de la Comisión. También se destacan las vicisitudes que casi con certeza se van a advertir durante la aplicación del nuevo Código, originados en la absoluta falta de interés del Estado por una auténtica reforma como es la auspiciada por el nuevo Código Procesal Penal.

1. ASPECTOS GENERALES

(p. 229) 1.1. La necesidad de un cambio de las estructuras jurídicas referidas al proceso penal en el Perú es de larga data. Desde los años 60 se iniciaron movimientos de reforma que dieron lugar a varios Proyectos de Código de Procedimientos Penales. El objetivo, siempre explícito, fue responder a dos grandes males del sistema penal nacional: falta de celeridad (altísima tasa de presos sin condena y de causas prescritas) y de eficacia (impunidad y sus secuelas de falta de seguridad ciudadana). Se trata en suma de reconocer que ambos principios constituyen los postulados de la justicia social contemporánea, por lo que deben de informar las sucesivas reformas legislativas (Cfr.: **GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal.** Valencia: Tomo II. Proceso Penal. 1992, p. 92).

1.2. Los esfuerzos más importantes, sin duda alguna, debemos situarlos a partir del año 1988, aunque existen precedentes concretos en la Ley N° 23859, de 5 de julio de 1984, que creó una Comisión Revisora que no llegó a culminar su tarea; y, en la Resolución Ministerial N° 257-86- JUS, de 16 de octubre de 1986. La Ley N° 24911, de 25 de octubre de ese año, instituyó una Comisión Revisora que elaboró un Proyecto de Código de Procedimientos Penales, puesto de conocimiento a la opinión pública en noviembre 1989. Este proyecto, aún cuando tenía limitados recursos técnicos, incorporó un cambio institucional trascendente; el traslado de la investigación al Ministerio Público, que los proyectos anteriores, señaladamente el de 1976 (**p. 230**) elaborado por el Consejo Nacional de Justicia -institución clave en la reforma instaurada por el Gobierno Militar de ese entonces- no habían contemplado, al insistir en la caduca figura del juez instructor y en el consiguiente modelo neo inquisitorial, colocando en igualdad de condiciones los actos de investigación y los actos de prueba.

1.3. Tanto el Proyecto de noviembre de 1988, como el siguiente de agosto de 1989, fueron revisados por una Comisión Consultiva designada por el Ministerio de Justicia al amparo de la Resolución Ministerial N° 994-90-JUS en 1990, que a su vez -sobre esa base normativa y tomando en consideración las directivas de la nueva Constitución de 1979- elaboró en octubre de 1989 el denominado 'Proyecto Alternativo de Código Procesal Penal' en octubre de 1989. Este Proyecto se inspiró en buena medida en el Código Modelo para Iberoamérica, incorporando varias instituciones novísimas en nuestro país, como los principios de oportunidad y conformidad, la tutela de los intereses difusos y la interdicción de la prueba ilegalmente obtenida; y modificando profundamente otras como el capítulo referido a las medidas coercitivas y a las instrumentales restrictivas de derechos.

El Proyecto Alternativo fue revisado por una Comisión Revisora nombrada por la ley N° 25281, de 30 de octubre de 1990, que sin mayores cambios propuso al Poder Ejecutivo el texto

correspondiente, el mismo que fue aprobado y promulgado por Decreto Legislativo N° 638, de 25 de abril de 1991.

1.4. El indicado Decreto - Legislativo dispuso que el Código Procesal Penal recién entre en vigencia el 01 de Mayo de 1992, salvo determinados artículos relacionados con el principio de oportunidad, las medidas coercitivas personales y la libertad provisional, que entraron en vigor inmediatamente.

Sin embargo, esta *vacatio legis* con el surgimiento del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional de abril de 1992 y el reordenamiento legislativo que ello implicó - sobre todo en materia del control del terrorismo y en mucha menor medida, del narcotráfico -, fue sucesivamente postergada, sin perjuicio de que durante ese año se pusieron en vigencia otras instituciones del Código. Así tenemos, por ejemplo, la delimitación temporal de la detención y el capítulo referido a las diligencias especiales (en esa época se dispuso la transferencia del Instituto de Medicina Legal, del Ministerio de Justicia al Ministerio Público), que importó autorizar al Fiscal el levantamiento de cadáveres, alejando de esa función al Juez Instructor (Decreto Leyes N° 25824 y 25825, de 9 de noviembre de 1992), denominado: "Juez Penal" desde diciembre de 1991 con la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Legislativo N° 767).

1.5. El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional duró desde abril a diciembre de 1992. Inmediatamente, dio paso a otro régimen del mismo signo al ganar las elecciones generales el presidente Alberto Fujimori, pero esta vez al amparo de una nueva Constitución, aprobada por referéndum el 31 de octubre de 1993- Esta Ley Fundamental, al décimo cuarta de nuestra historia republicana, consagró constitucionalmente la atribución de la investigación del Ministerio Público y la superioridad funcional de la Fiscalía respecto de la Policía Nacional, precisó los límites de la detención policial al establecer el Estado de flagrancia como única posibilidad de detención policial sin orden judicial, autorizó la intervención telefónica, extendió la jurisdicción de la justicia penal militar, modificó el proceso contra personas aforadas y ratificó los derechos y principios de la función jurisdiccional, ya reconocidos por la Constitución anterior.

1.6. La mayor presencia de las fuerzas del Orden y la expansión de la legislación de emergencia, unido al hecho de las reorganizaciones sufridas por el Poder Judicial y el Ministerio Público, uno de cuyos efectos más dramáticos fue la separación o cese de numerosos magistrados, en buena cuenta cerca de 50% de la plantilla de funcionarios judiciales, y la consiguiente debilidad institucional de las agencias jurídicas de control penal, puso en tela de juicio la viabilidad del modelo consagrado en el Código Procesal Penal de 1991.

Entre otras medidas, en 1994 el Congreso Constituyente Democrático aprobó la Ley N° 26299, publicada el 30 de abril de dicho año, que creó una **(p. 231)** Comisión Especial encargada de revisar la conformidad del texto del Código Procesal Penal con las disposiciones de la nueva Constitución, autorizándola a proponer las nuevas normas a que hubiere lugar.

1.7. La Comisión Especial cumplió su cometido presentando al Congreso Constituyente Democrático, en marzo de 1995, un nuevo Texto de Código Procesal Penal, el cual introducía diversos cambios a partir de las exigencias constitucionales y de la dinámica social y política de los últimos años. El Proyecto asumió, en buena cuenta, las propuestas normativas contenidas en el nuevo Código italiano (constitución de las partes, medidas cautelares, recursos de casación, procedimiento monitorio, terminación anticipada), en el proyecto argentino (contenido de lo que debe entenderse por peligrosidad procesal) y en las últimas reformas colombianas (procedimiento de colaboración eficaz) y españolas (límite temporal de la detención, validez de los actos sumariales, instituto de la conformidad y recursos de apelación contra sentencias).

El Congreso Constituyente Democrático, que duró hasta julio de 1995, no se pronunció sobre el nuevo texto procesal, que, como ya se anotó, tenía bases comunes con el Código aprobado en 1991. El actual Congreso, surgió del nuevo marco constitucional y del proceso electoral de 1995, luego de la presentación de un último proyecto a cargo de un Congresista de la minoría y de su estudio por una Sub Comisión Especial de la Comisión de Justicia de la Cámara, proyecto que reprodujo el propuesto por la Comisión Especial, aprobó por unanimidad el nuevo código Procesal Penal en la legislatura de 1995.

Sin embargo, el Presidente de la República observó dicho Proyecto en dos extremos: a) errores formales de concordancia; y, b) falta de correlación entre las facultades policiales respecto a la investigación del delito y la propia estructura del código. Esta observación hasta esa fecha no fue objeto de pronunciamiento definitivo por el Congreso, pese a que en la Legislatura del siguiente año

la Comisión de Justicia cumplió con pronunciarse aceptando parcialmente el planeamiento presidencial.

1.8. Paralelamente a las vicisitudes del nuevo Código Procesal Penal, se han venido promulgando diversas normas que confirman una línea contradictoria con los principios de dicho Cuerpo Legal y que, en rigor, permiten sostener -a manera de hipótesis- que existe no sólo un movimiento descodificador muy importante sino fundamentalmente un problema ideológico y de concepción jurídica insoluble entre las propuestas del Código Procesal y las normas que han venido dictándose, en buena cuenta, desde el año 1980, en que se reinstauró el régimen democrático en el país. Esta legislación no hace sino fortalecer un sistema procesal inquisitorial, escrito y restrictivo para la posición jurídica del imputado, por contrario opuesto a los principios de la función jurisdiccional plasmado en las dos Cartas Políticas (1979 y 1993), cuyos fundamentos son la raíz de las continuas dilaciones al nuevo sistema de enjuiciamiento penal.

2. EL MODELO PROCESAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1991

2.1. El Decreto-Legislativo N° 638, de 25 de Abril de 1991, instaura un sistema hegemonicamente acusatorio, manteniéndose en su esencia en las propias bases del modelo euro-continental de enjuiciamiento penal, cuyos ejes -entre otros- son los principios de legalidad y oficialidad.

Es significativo al respecto su art. 1. Señala; que "la acción penal es de naturaleza pública. Su ejercicio corresponde al Ministerio Público, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley".

Igualmente, la óptica razonablemente acusatoria se ve ratificada por el art. 3 al prescribir que el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público comprende el inicio y dirección de la investigación, la acusación y participación en juicio oral.

Los arts. 58 y ss., de un lado, reconocen al Fiscal su independencia funcional y sujeción al principio de legalidad, lo que es absolutamente necesario para justificar y legitimar un modelo de investigación radicado en la Fiscalía. Por otro lado, sancionan que el Ministerio Público, al dirigir la investigación tiene como objetivo alcanzar la verdad concreta sobre el caso; que es titular del ejercicio **(p. 232)** de la acción penal y es a él a quien debe acudir la víctima, la policía o cualquiera del pueblo para denunciar la comisión de un delito; que es el titular de la carga de la prueba; y que el ejercicio de la acción penal no puede omitirse, suspenderse, interrumpirse o extinguirse sino en los casos establecidos por la ley.

2.2. El principio de oportunidad, siguiendo parcialmente la fuente alemana, es recogido en el art. 2. Este principio es de carácter reglado y excepcional. Su aplicación esta sujeto a que exista prueba de cargo contra el implicado o investigado y que, requerida su aceptación, la otorgue expresamente.

La abstención de promover acción penal por el Fiscal está condicionado por dos grandes criterios: 1. falta de necesidad de pena (*poena naturalis*) y 2. falta de merecimiento de pena.

En el primer supuesto se señala ampliamente que así se acordará "cuando el agente haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta inapropiada". No existen límites objetivos, tal como la pena fijada para el delito, ni otros de carácter subjetivo, como sería la calidad personal del agente o su no reincidencia.

En el segundo supuesto se ubican los delitos bagatela y los cometidos con mínima culpabilidad. En el primer caso figuran los delitos insignificantes o poco frecuentes, sólo limitados a los delitos cuya pena mínima supere los dos años o que hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo (razones de prevención general). En el segundo caso se encuentran los delitos en los que la culpabilidad del agente en su comisión o contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratará de un delito cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

La abstención en el ejercicio de la acción penal, sólo en el supuesto de falta de merecimiento de pena, está condicionado a que el agente repare el daño o exista un acuerdo con la víctima en ese sentido. La decisión del Ministerio Público, salvo el control jerárquico, no esta sujeta a una resolución confirmatoria judicial. Se ha tratado de justificar esta posición en la independencia constitucional del Ministerio Público y en su adhesión al principio de legalidad.

El sobreseimiento de una investigación preliminar o de un proceso judicial por oportunidad requiere ineludiblemente la petición del Fiscal y la aprobación del imputado. La aplicación de estos criterios de oportunidad, por lo general, procede antes que el Fiscal promueva la acción penal pero es

posible sobreseer la causa en cualquier estado del proceso, siempre que el fiscal así lo requiera al órgano jurisdiccional.

2.3. La etapa de investigación, a tenor de lo dispuesto en el art. 91, es de carácter necesario u obligatorio. Persigue reunir la prueba necesaria que permita al fiscal decidir si formula o no acusación. En esta función es auxiliado por la Policía, a quien puede requerir su auxilio cuando estime conveniente hacer una indagación, previa al inicio del proceso.

La policía, siguiendo la fórmula colombiana., esta obligada a poner en conocimiento del Fiscal las noticias que tengan de la comisión de un delito y está autorizada a realizar ex officio diversos actos de investigación mientras el fiscal decide intervenir personalmente. Así, puede recibir denuncias; tomar declaraciones a la víctima y a testigos; practicar registros personales; vigilar y proteger el lugar de los hechos; recoger y conservar los objetos e instrumentos del delito; practicar diligencias de identificación; inmovilizar documentos, libros contables y todo elemento material que pueda servir a la investigación; allanar locales de uso público o abiertos al público en flagrantes delito, así como efectuar detenciones en esos únicos supuestos. La policía también puede recibir excepcionalmente la manifestación implicado cuando el Fiscal no se constituya en el lugar de detención o cuando el primero se encuentre en estado de grave peligro.

Es interesante destacar que en esta fase preliminar, que inclusive puede realizar el propio fiscal sin intervención judicial, el imputado tienen derecho a contar con un defensor y tienen acceso a todas las investigaciones realizadas y ha intervenir en las diligencias que deban practicarse.

2.4. La investigación, en principio, tienen dos fases. La primera, de amplio dominio del Ministerio Público -donde se encuentra la investigación preliminar policial que concluye con la elaboración de un Informe o Atestado-, y la segunda que **(p. 233)** requiere la emisión de una resolución fiscal de apertura de investigación, su aprobación por el Juez Penal, en cuya virtud el investigador pasa a denominarse imputado o procesado y su exclusión del proceso requerirá una resolución judicial.

El Juez Penal, en esta etapa, es el encargado de autorizar las medidas coercitivas y restrictivas de derechos; de controlar la actividad investigatoria del Fiscal, en cuanto a los plazos y la legalidad de sus actuaciones; de pronunciarse sobre las medidas contracautelares; y de dictar resoluciones sobre el contenido de la acción penal (excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, sobreseimiento, de enjuiciamiento y de citación a juicio).

El Fiscal no tiene facultades coercitivas, salvo la de disponer la conducción compulsiva del omiso a una citación (imputado, testigo, perito). Esta medida, que se sustenta en el principio de obligatoriedad de la colaboración con la justicia penal, no puede durar más de 24 horas, a cuyo término debe disponer su levantamiento (art. 67).

La investigación es reservada. Excepcionalmente se puede decretar el secreto de un documento o de parte de lo actuado hasta por diez días "cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación". Está sometida a un plazo fijo: 120 días naturales, prorrogables por una única vez hasta un máximo de 15 días naturales. Es una etapa escrita pues de todo acto procesal se extiende la correspondiente acta.

2.5. El art. 100 incorpora a los Organismos No Gubernamentales de defensa de Derechos Humanos, legitimándolos para interponer denuncias, recurrir en caso de denegatoria y constituirse en actores civiles, siempre que:

- a) que el hecho punible guarde relación específica con sus fines sociales;
- b) que el delito sea perseguible de oficio; y
- c) que el agraviado, en caso de tratarse de hechos punibles que afecten bienes jurídicos personales, no se constituya en actor civil o estando constituido como tal, acepte expresamente su intervención.

Esta norma, aunque limitadamente, contempla una forma de participación popular en la administración de justicia. Las ONG tienen personería para instar y participar en procesos en defensa de intereses difusos, bienes jurídicos colectivos y de delitos que lesionan los derechos humanos.

El Código no sólo prevé que cualquiera del pueblo pueda denunciar la comisión de un delito perseguible de oficio (acción popular), sino que en casos de afectación de los derechos humanos, cuya categorización puede ser amplísima, diversos órganos sociales puedan participar en el proceso penal. La constitución en actor civil permite a la víctima o al Organismo No Gubernamental colaborar ampliamente durante la actividad procesal, a cuyo efecto puede ofrecer pruebas, participar en su actuación y formular oposiciones, impugnaciones, nulidades y alegatos diversos. Además, en el acto

oral le permite fundamentar su derecho a la reparación civil, aunque no le está permitido pedir la pena (arts. 86 y 297).

2.6. Las medidas coercitivas requieren resolución motivada y dictada en el modo y forma regulada por la ley. Se declara expresamente que dicha resolución es reformable, aun de oficio -no causa estado-, siempre que varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo (*rebus sic stantibus*).

Se reconocen varias medidas cautelares personales. Tenemos la detención incomunicada, la detención, la comparecencia restrictiva, la comparecencia simple y el impedimento de salida. Es de descartar que se ha seguido el Código Modelo Iberoamericano para regular la detención, pues se quiere que se cumplan con dos presupuestos materiales, cada uno de los cuales contienen dos reglas. El primer presupuesto es el *fumus bono iuris* o atribución razonada del hecho punible, que requiere prueba acabada del hecho delictivo objeto de imputación y elementos probatorios -prueba semiplena- que vinculen al denunciado con dicho delito. El segundo presupuesto es el *periculum in mora* o peligro por la demora, que se expresa a través de dos reglas; la primera, de carácter objetiva, vinculada al principio de proporcionalidad, que precisa que la comisión del delito -siempre doloso- objeto de imputación debe merecer en el caso concreto una pena superior a los cuatro años de privación de libertad; y, la segunda, de carácter subjetivo, que en todo caso legitima esta medida y (**p. 234**) la diferencia de la pena, es la peligrosidad procesal, que requiere la existencia de constancia en los actuados de que el imputado por su situación personal y demás características propias se dará a la fuga o entorpecerá la actividad probatoria.

Por lo demás, se han incorporado alternativas a la detención, tales como el arresto domiciliario, la caución y la vigilancia personal, entre otras. Tratándose de personas valetudinarias (mayores de 65 años y enfermas o imposibilitadas) se insta que en reemplazo de la detención proceda el arresto domiciliario.

En cuanto a las medidas cautelares reales se ha regulado el secuestro de cosas, la intervención postal y el secuestro de documentos privados, el allanamiento, la clausura o vigilancia de locales, la inmovilización de cosas muebles y el embargo. Todas estas medidas requieren autorización judicial, sin embargo por razones de urgencia el Fiscal puede realizar el secuestro de documentos y bienes así como la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de las cosas muebles, con cargo a solicitar inmediatamente al juez la resolución confirmatoria correspondiente. En el caso del allanamiento, la Constitución permite a la policía la entrada y registro en un domicilio sin orden judicial cuando media flagrancia delictiva o consentimiento de su titular.

La flagrancia delictiva que es una institución vinculada a la detención policial y al allanamiento, ha sido expresamente definida en el art. 106 inc. 8 II Párrafo. Hay flagrancia dice la norma, siguiendo el modelo italiano, "cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber cometido delito o cuando es sorprendido con objeto o huellas que relevan que vienen de ejecutarlo". Lo expuesto nos permite decir, siguiendo a la jurisprudencia española, que la flagrancia delictiva es "la situación táctica en la que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención (...) (aquí) el delincuente es sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito (...) es un concepto que tiene dos connotaciones: evidencia del delito y urgencia de la intervención policial" (**STC 341/1993, de 18 de Noviembre. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid: 1994. Tomo XLVII. Fascículo II, p. 279).

2.7. Las medidas contracautelares se limitan a la coerción personal, en rigor, a la excarcelación. El código reconoce tres clases de libertades: libertad provisional; libertad incondicional, que es un sobreseimiento adelantado; y libertad por exceso de plazo, entre las que encontramos la delimitación temporal de la detención, la libertad bajo vigilancia y libertad durante el procedimiento recursal.

Es de destacar la libertad provisional. Procede cuando nuevos elementos de juicio permitan razonablemente colegir que los hechos no tienen la gravedad que inicialmente dio lugar a su tipificación en un determinado tipo penal, que el autor por sus condiciones personales no merece una pena mayor de cuatro años de privación de libertad o que no existen suficientes motivos para mantener una sospecha fundada de peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria.

La detención es de carácter temporal. Bajo la influencia parcial de la reforma procesal española, se fijaron términos claros, así como la posibilidad de prolongarla. En los procesos ordinarios el

término de la detención es de 9 meses, mientras que en los procesos especiales por razón de delito (Ilícito más graves) es de 15 meses. Si se trata de procesos por delito de espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, o en el agravio de igual número de personal, el plazo se duplica.

Si al término del plazo no se dictó sentencia de primer grado -sólo en ese supuesto- debe decretarse la inmediata libertad del imputado. Sin embargo, cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el procesado pudiera sustraerse a la acción de la justicia puede ordenarse la prolongación de la detención por un plazo igual. Para el cómputo de los plazos no se toma en cuenta el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculgado o su defensa.

2.8. Culminada la investigación formal (ténganse en cuenta que el Fiscal sólo o con el auxilio de la policía puede llevar a cabo actos de **(p. 235)** investigación previos para definir la fundabilidad de un procesamiento judicial), corresponde al Fiscal decidir si formula acusación o pide el sobreseimiento de la causa. Si pide el sobreseimiento, el juez puede forzar la acusación recurriendo al fiscal superior (control jerárquico), cuya decisión es definitiva, pues si está de acuerdo con el Fiscal inferior sobreseerá la causa y si está en desacuerdo el Fiscal provincial deberá formular acusación. Por otro lado, emitida la acusación, corresponde al juez ejercer un control formal, es decir, limitado a la existencia de motivación y de exhaustividad, vale decir, que la acusación se pronuncie por todos los cargos objeto del auto de apertura de investigación y por todos los imputados y delitos, solicitando la pena y reparación consiguiente.

Admitida la acusación a través del auto de enjuiciamiento, y en el marco de esta etapa intermedia, de pleno señorío del órgano jurisdiccional, las partes pueden ofrecer nuevos medios de defensa, ofrecer pruebas para el acto oral y la actuación de pruebas de urgencia. El objetivo de esta etapa es propender a celeridad mediante la vigencia del principio de concentración del juicio oral, con el cual se purga "*a limine*" el proceso de obstáculos procesales.

Sin embargo, es de destacar la opción contradictoria con los principios de oralidad e intermediación que toma la Sección referida al ofrecimiento de pruebas. Allí se señala: 1. Que se pueden ofrecer nuevas pruebas para su actuación en audiencia. 2. Que se pueden solicitar la ampliación de pruebas prácticas en la investigación, siempre que su deficiente actuación hubiera limitado el debido esclarecimiento de los hechos. El inc. 2 del art. 264 citado es particularmente perturbador, pues en contradicción a lo prescrito en el art. 91 que fija como objetivo de la investigación proporcionar elementos al Fiscal para decidir si formula acusación, concede a las diligencias sumarias la calidad de prueba, que no requiere su reproducción en el acto oral.

La actuación de pruebas de urgencia es posible cuando sea razonablemente previsible que un medio de prueba ofrecido en la etapa intermedia pueda perderse o sobrevenir una dificultad insalvable para su actuación en la audiencia. En tal virtud, el órgano jurisdiccional anticipa su realización en acto público y contradictorio. Es de resaltar que si bien esta institución es del todo aceptable, su limitación es notoria, pues no contempla que similares circunstancias puedan presentarse durante la etapa del sumario, aunque tal vez el motivo de esta disposición estriba en que se considera -erróneamente por supuesto- que los actos del sumario tienen calidad de prueba.

2.9. La etapa plenaria es oral y pública. Corresponde al Fiscal y al defensor una intervención activa, mientras que el órgano jurisdiccional se limita a conducirla regularmente y su intervención en el debate es excepcional: requerir a los sujetos procesales para que hagan los esclarecimientos que sean necesarios o para interrogar en los casos en que hubiera quedado algún vacío (art. 295).

El Juicio no puede iniciarse si no está presente el imputado (la Constitución prohíbe la condena en ausencia). Lo primero que hace el órgano jurisdiccional al instalar la audiencia es preguntar al acusado y su defensor si están conformes con el pedido de pena y reparación civil pedido por el Fiscal. Si no lo están, se abre el debate propiamente dicho, que consta de tres partes: 1. Actuación de la prueba admitida en la etapa de los actos preparatorios. 2. Oralización de los medios probatorios. 3- Examen del acusado. A continuación, se inicia la sub-etapa decisoria con los alegatos del fiscal y las demás partes y con la expedición de la sentencia, en presencia del acusado, contra la que procede recurso de apelación.

2.10. Es interesante destacar el instituto de la conformidad, que es una figura procesal derivada del principio del consenso, tomada de la Ley en Enjuiciamiento Criminal. Se trata, al decir de Silvia Barona Vilar, de una institución con efectos meramente procesales que provoca una abreviación del

procedimiento ordinario y cuyo efecto esencial es prescindir de la etapa probatoria, dictándose, sin más, la sentencia (La Conformidad en el Proceso Penal. Valencia: 1994, p. 285).

Si el imputado y su defensor aceptan los términos de la acusación, inmediatamente se dictará sentencia respetándose los términos de la acusación fiscal. Si admite los hechos y cuestiona la pena o la reparación civil, se produce la censura del juicio y éste se limitará a discutir ambos supuestos.

(p. 236) 2.11. En materia de actuación probatoria, ésta se inicia con los testigos y peritos citados, quienes son examinados directamente por el fiscal y el abogado defensor. A continuación se procede a la oralización de los medios probatorios. El art. 283 no señala, sin embargo, límites a esta lectura de piezas procesales, de suerte que pueden leerse no sólo la prueba documental, sino declaraciones, ratificaciones periciales y otras. Esta grave tergiversación de la oralidad constituye, sin duda alguna, el talón de Aquiles del Código que apunta a la escrituralidad y a la intermediación entre la fuente u órgano de prueba y el juzgado, vulnerando de este modo también los principios de inmediación y contradicción que se relaciona con las pruebas.

El último paso en materia del debate es el examen del acusado. Sin embargo, se reconoce al imputado el derecho de abstenerse de declarar, en armonía con el principio de no autoincriminación.

2.12. En materia de prueba, es interesante destacar que el principio de legalidad en materia de actividad probatoria, cuyas fuentes son la Constitución, los Tratados y la Ley "expedida conforme a ellos" (art. 190). Que el establecimiento de la verdad se realizará empleándose todos los medios de prueba permitidos salvo que la ley prescriba medio especial. Que el titular de la carga de la prueba es el Fiscal, quien en el juicio oral debe probar su acusación. Que todo medio de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado al proceso conforme a ley (art. 195).

Además, se ha regulado la confesión y la aprueba indiciaría. La confesión sólo tendrá valor probatorio cuando:

- a. Esté debidamente corroborada por otros medios probatorios.
- b. Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades síquicas.
- c. Sea recibida por la autoridad competente y con las formalidades legales pertinentes.

Si la confesión es sincera -verídica y comprobada- y espontánea -prestada al primer emplazamiento formal- es causa atenuada de pena, que puede llegar a una disminución prudencial a límites inferiores al mínimo legal.

Si el Fiscal Provincial recibe la confesión del imputado, podrá prescindir de las diligencias restantes si ésta no deja lugar a dudas, y pasará a formular acusación, dando paso a la etapa intermedia. Si la confesión indubitable ocurre en la etapa del juzgamiento, no se proseguirá el interrogatorio del confeso y se pasará a la acusación oral, salvo que existan otros acusados, en cuyo caso se dará por terminado el debate respecto al acusado confeso.

2.13. La prueba indiciaría, por razones de seguridad jurídica y para dar pautas precisas a los juzgadores, ha sido disciplinada legalmente en el art. 246. Se establece que la prueba por indicios requiere: 1. Que el hecho indicador -el indicio- esté plenamente probado y sea inequívoco e indivisible. 2. Que el razonamiento correcto esté basado en las reglas de la ciencia, de la técnica o de la experiencia. 3- Que el otro hecho sea descubierto mediante el argumento probatorio inferido. 4. Que, cuando se trate de hechos indicadores contingentes -productores de múltiples causalidades- éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

No hay duda de la necesidad y vigencia de la prueba indiciaría, pues -como recuerda Andrés Martínez Arrieta siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España- pues de no admitirse podrían quedar en la impunidad delitos a cuya comisión y participación en los mismos no se abrigue duda racional. La prueba indiciaría es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos de delito objeto de acusación pero de los que, a través de lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse dichos hechos y la participación del acusado, que ha de motivarse en función de un nexo causal coherente entre los hechos probados -indicios- y el que se trata de probar -delito-. La Prueba, es evidentemente apta, para llegar a un fallo condenatorio (La prueba indiciaría. En. La prueba en el proceso penal. Madrid: 1993, p.67).

2.14. En cuanto a la impugnación, si bien el Título IV está presidido de un Capítulo I donde se desarrollan aspectos novedosos y garantistas, en cambio el modelo eminentemente escrito en la **(p. 237)** configuración de la apelación y la regulación de la casación dejan bastante que desear.

Es de destacar, en el aspecto general, lo siguiente:

- a. Que la impugnación sólo procede contra resoluciones judiciales expresamente previstas por la ley. El recurso requiere de un agravio fundado, aunque el Ministerio Público puede hacerlo incluso en favor del imputado.
- b. Que la impugnación atribuye al juez el conocimiento del procedimiento tan sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del recurso. Está prohibida la reformatio in peius. La impugnación del Ministerio Público permite revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado.
- c. Que cuando en un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales.

2.15. No obstante la declaración del art. 328, en el sentido que la impugnación está limitada a las resoluciones que prevé la ley, el art 343, en materia de recursos de apelación, señala contradictoriamente que esta impugnación procede cuando, sin estar específicamente previsto, deba satisfacerse el principio constitucional de la instancia plural.

Este recurso atraviesa todas las jerarquías del ordenamiento judicial. El Juez Penal conoce de las resoluciones dictadas por el Juez de Paz. La Sala Penal Superior de las dictadas por el Juez Penal. La Sala Penal Suprema de las dictadas por la Sala Penal Superior. Las decisiones recurribles en apelación son aquellas que ocasionan gravamen irreparable, pues se trata de sentencias, autos que resuelven cuestiones y excepciones que importan el sobreseimiento de la causa; empero, como ya se precisó. El art. 343 es una vía abierta para recurrir de toda resolución emitida por un juez inferior.

2.16. El recurso de casación de competencia exclusiva del Supremo Tribunal procede contra los autos de sobreseimiento expedidos en segunda instancia por la Sala Penal Superior y contra las sentencias de igual origen referidas a delito que tenga señalado en la ley un pena privativa de libertad mayor de cuatro años.

Si bien el recurso de casación genuino se limita al control de los errores in indicando in iure, al procurarse la nulidad de la sentencia (casación por infracción de ley) o del proceso (casación por quebrantamiento de forma) lo que presupone prohibición de alterar, en cualquier forma, la base fáctica de la que parte la sentencia -así lo establece el art 349 (ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Jurisdiccional. Tomo III. Proceso Penal. Barcelona: 1991, p. 444), en cambio el Código acepta un motivo de casación de fondo -infracción de ley- "cuando la resolución tienen por acreditado un hecho decisivo para absolver, condenar, atenuar o agravar la pena o para disponer el sobreseimiento definitivo de la causa, a pesar de que en autos no existen pruebas del hecho invocado", que convierte a la casación en una apelación.

Otra cosa sería, como postula el prof. Enrique Bacigalupo, que esa causal no cuestione el hecho probado pero se funden en que el juez de instancia infringió la prohibición de valorar ciertas pruebas (pruebas ilegalmente obtenidas o por no haber sido producidas en el juicio oral con respecto a los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción; o en que el juez de instancia ponderó la prueba infringiendo la interdicción de la arbitrariedad (razonamiento colida con reglas de la lógica, experiencia o de los conocimientos científicos; o en que el juez de instancia infringió el principio in dubio pro reo pues teniendo dudas condenó, en lugar de absolver {La impugnación de los hechos probados en la casación penal. Buenos Aires: 1994, p. 71).

2.17. En términos de celeridad, el Código presenta dos grandes obstáculos.

- a. Según la clasificación en procesos ordinarios y especiales por razón de delito, la Corte Suprema conoce en vía de recurso de apelación suprema todas las sentencias emitidas en primera instancia por las Salas Penales Superiores (delitos graves). Además, conoce en recursos de casación las sentencias emitidas en apelación por las Salas Penales Superiores en procesos ordinarios (delitos de **(p. 238)** mediana entidad). Ello determinará una carga procesal difícil de soportar y, por tanto, importará retraso y descuido en la calidad de los fallos supremos.
- b. El recursos de casación penal, pese a lo establecido en el Código Procesal Civil tienen un único carácter rescindente, sea por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, o sea que si la Sala Penal Suprema estimará el recurso se limitará a anular la resolución impugnada

reenviado de nuevo el conocimiento del proceso al órgano de instancia. Este modelo de impedir que el supremo tribunal dicte otra resolución ajustada a Derecho, traerá consigo dilaciones impresionantes, con la consiguiente deslegitimación de la justicia.

2.18. Finalmente, el Código regula, conjuntamente con el proceso ordinario, los procesos especiales. Son: 1. Por razón del delito. 2. Por razón de la función. 3. Por razón del ejercicio privado de la acción penal. 4. Procedimiento por faltas.

En el proceso ordinario la investigación es dirigida por el Fiscal provincial, mientras que la etapa intermedia y el juicio oral está bajo la dirección del Juez Penal, quien emite sentencia. El recurso de apelación es de conocimiento de la Sala Penal Superior. Contra el fallo de la Sala Penal Superior procede recurso de casación, siempre que el delito tenga prevista una pena mayor de 4 años de privación de libertad.

En el proceso especial por razón de delito, la investigación es dirigida por el Fiscal Provincial, mientras que la etapa intermedia y el juicio oral están a cargo del Fiscal Superior y de la Sala Penal Superior. Contra los fallos de dicha Sala procede recurso de apelación suprema. La lista de delitos que están sujetos a ese proceso es muy amplia; así tenemos: homicidio agravado, genocidio, secuestro, robo agravado, extorsión, contra el orden financiero y monetario, peligro común, estragos, tenencia ilegal de explosivos y armas, tráfico ilícito de drogas, contra la paz pública, terrorismo, contra la seguridad nacional y traición a la patria, atentado contra la persona que goza de protección internacional, rebelión, sedición, motín y algunas modalidades de concusión, peculado y corrupción. La relación que damos cuenta, por su extensión, presionará la carga procesal del Supremo Tribunal y minusvalorará la competencia de los jueces penales.

Los otros tres procesos no tienen mayores cambios significativos, aunque mejoran las reglas estatuidas en el Código de Procedimientos Penales de 1940. Es anotar que en los procesos especiales por razón del ejercicio privado de la acción penal están referidos a los siguientes delitos: 1. Contra el honor personal en general. 2. Delitos de violación cometidos sin armas y de manera individual. 3. Seducción o estupro. 4. Ofensas al pudor público. 5. Contra la intimidad. 6. Lesiones leves por negligencia. Ello significa que la radio de acción del proceso se amplía notablemente. Este proceso no es de conocimiento de la Corte Suprema. Los juicios por faltas son de conocimiento en primera instancia de los jueces de paz, y en segunda y última instancia, de los jueces penales.

3. EL MODELO DEL PROYECTO DE LEY APROBADO POR EL CONGRESO

3.1. La Comisión Especial Revisora del texto del Código Procesal Penal de 1991 llevó a cabo un examen integral de dicho cuerpo normativo y, sin perjuicio de ratificar su contenido acusatorio, insistiendo -ahora con norma constitucional expresa- en la conducción de la investigación por el fiscal; 1. Modificó la intervención del juez penal en la investigación. 2. Adicionó otras medidas coercitivas e instrumentales restrictivas de derechos y corrigió otras. 3- Fortaleció el papel de la víctima. 4. Profundizó el principio del consenso definiendo mejor el instituto de la conformidad e introduciendo el proceso de terminación anticipada y el de colaboración eficaz. 5. Sancionó la superioridad del juicio oral sobre la instrucción. 6. Afirmó el principio de correlación. 7. Incorporó el proceso monitorio para los delitos de mínima entidad no asociados a pena privativa de libertad. 8. Limitó el recuso de apelación y -siguiendo el modelo español- concibió una apelación contra sentencias con mayor respeto al principio de inmediación. 9. Redujo el acceso de causas al Supremo Tribunal otorgándole inclusive el certiorari y regulando la casación sin reenvío (rescindente y rescisoria), a la vez que limitó el número de delitos sujetos al proceso especial por razón de delito. 10. Incorporó la cooperación **(p. 239)** judicial internacional sobre fuentes europeas y del sistema interamericano.

3.2. El principio de oportunidad, vista la poca aplicación de la norma de 1991, ha sido reformulado para hacerlo más viable.

En cuanto al supuesto de falta de necesidad que pena -poena naturalis- se ha precisado que el delito cometido en caso sea doloso (el tipo culposo no tiene límites) no debe ser reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años y siempre que la pena, por la afectación directa y grave al propio imputado resulte inapropiada.

Respecto a los supuestos de falta de merecimiento de pena se estipuló, en primer lugar, que los delitos bagatela no deban afectar gravemente el interés público; y, en segundo lugar, que los delitos de mínima culpabilidad se circunscriban a los casos de: 1, Error de tipo, prohibición y comprensión vencibles. 2. Eximentes imperfectas. 3. Imputabilidad restringida. 4. Complicidad secundaria, siempre

que se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución, salvo que el delito supere los cuatro años de pena privativa de libertad.

El Fiscal, de considerar viable esta solución, realizara una "diligencia de acuerdo" y en todo caso fijará, en su oportunidad, el monto reparatorio correspondiente.

3.3. El Fiscal, como ya se anotó, conduce la investigación del delito perseguible por ejercicio público de la acción penal, la misma que tiene como objetivo alcanzar la verdad sobre el caso. Si decide encargar a la policía las investigaciones previas, su poder de conducción no cesa, pues la policía está obligada a cumplir sus órdenes.

El Juez Penal, durante esta etapa, asume funciones de control, tanto por medio de la acción de fiscalización relativa cuanto por la acción de tutela, destinada a cuidar que no se afecte irrazonablemente el derecho de defensa del imputado que se cumpla con el principio de celeridad. Además, le corresponde no sólo dictar las medida restrictivas de derechos fundamentales, también le compete aprobar la constitución de las partes (actor civil y tercero civil), sin perjuicio de que debe aprobar el procedimiento penal del imputado y pronunciarse acerca de validez y subsistencia del ejercicio de la pretensión punitiva.

3.4. El Proyecto potencia los derechos de los imputados, así como de las víctimas. En cuanto a los primeros, se ha declarado expresamente que se les debe hacer saber de manera inmediata y comprensible: 1. Los cargos formulados en su contra. 2. Que debe designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención. 3. Que tienen derecho a que lo asista un abogado defensor. 4. Que tiene derecho a abstenerse de declarar y que si acepta hacerlo, a que su abogado esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiera su presencia. 5. A que no se empleen contra él medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley.

El cumplimiento de estas reglas debe constar en un acta. Si no se procede de ese modo, el imputado tienen derecho a acudir al juez Penal en vía de tutela jurisdiccional.

3.5. La víctima tienen derechos procesales por el hecho de ser tal. Son los siguientes: 1. Intervenir en el proceso. 2. Ser informada de los resultados de la causa. 3- Formular solicitudes probatorias. 4. Ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite. 5. A participar en el juicio oral, pero en la fase de alegatos no puede concluir solicitando pena ni reparación civil.

Si la víctima decide constituirse en actor civil, adicionalmente a los derechos que tienen como agraviado, puede:

1. Deducir nulidad de actuados. 2. Participar en las diligencias probatorias y en el juicio oral. 3. Interponer impugnaciones. 4. Intervenir en el procedimiento cautelar. 5. Formular solicitudes en salvaguarda de su derecho. 6. Deducir la pretensión resarcitoria y culminar requiriendo el pago de la reparación civil.

En resguardo de los derechos de la víctima, también se contempla la incorporación del tercero civil, o sea aquella persona que conjuntamente con el imputado tienen responsabilidad civil por las **(p. 240)** consecuencias del delito. Como tal se le cita y responde con sus bienes por el delito del procesado.

3.6. En cuanto a las medidas coercitivas se tienen lo siguiente:

- a. Se incorporan normas orientadoras para establecer la peligrosidad procesal respecto del mandato de detención.
- b. Se reconoce que la detención policial sin orden judicial sólo procede mediando flagrancia delictiva. La violación de este derecho fundamental, reza el art. VI del Título Preliminar, y las detenciones sin las formalidades de ley que se produzcan durante los estados de emergencia o de sitio por hechos que no guarden relación directa con los motivos que decretaron el régimen de excepción, constituyen detención arbitraria.
- c. En atención a que la flagrancia es la única posibilidad de detención en casos de urgencia se permite al Fiscal mediante decisión fundamentada que, tratándose de delitos cuyo mínimo sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad y siempre que existan suficientes elementos probatorios de cargo y fundado peligro de fuga, disponga la conducción del

presunto implicado ante el juez Penal, solicitando la respectiva orden judicial de detención preventiva.

- d. Si la detención policial es desproporcionada o se efectuó cumpliendo el requisito de flagrancia delictiva, el Fiscal está autorizado a excarcelar al detenido.
- e. Conforme manda la Constitución, la detención policial por delitos exceptuados: terrorismo, tráfico ilícito de drogas y traición a la patria, puede extenderse hasta 15 días naturales. Sin embargo, en resguardo de los derechos individuales del detenido, el juez penal –sin perjuicio de las funciones de conducción y supervigilancia del fiscal- está especialmente facultado para: 1. Constituirse al lugar donde se encuentra el detenido y averiguar los motivos de la detención el avance de las investigaciones y el estado del detenido; en caso de advertir ilegalidades, apartará al detenido del control policial y los pasará a disposición de la fiscalía. 2. Disponer el reconocimiento médico del detenido, sin perjuicio que éste tiene derecho a que sea examinado por un médico legista o uno particular, sin que la policía pueda limitar este derecho. 3. Autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro del país con fines de investigación o por seguridad.
- f. Como nuevas medidas coercitivas o, en puridad, medidas instrumentales restrictivas de derechos, se tienen la intervención corporal, que exige orden judicial en los casos más intensos; la intervención telefónica; y, el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria.
- g. Una medida próxima a la cautelar, es la interdictiva -de fuente italiana- vinculada a los delitos sancionados con pena de inhabilitación. Se trata -al decir de Manuel Ortells Ramos- de medidas preventivas personales, que afectan o inciden en el mismo bien jurídico que será afectado por la pena que pueda imponerse (Op. cit, p. 540). Estas medidas, en cuanto exista prueba suficiente de comisión del delito y peligro de reiteración delictiva a propósito de su status personal o posición de dominio, pueden comprender: 1. Suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela. 2. Suspensión temporal en el ejercicio de un cargo de carácter público, salvo si el cargo proviene de elección popular. 3- Prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales. 4. Suspensión temporal de la autorización para conducir vehículos o para portar armas.
- h. En atención a que las medidas cautelares están vinculadas al objeto principal del proceso, el art. 134 precisa que el Ministerio Público es quien tienen legitimación para solicitarla, salvo el embargo y la administración provisional de posesión que también puede hacerlo la víctima y el actor civil (vinculadas éstas al objeto accesorio). La solicitud de reforma, revocatoria o sustitución de las medidas coercitivas corresponde al Ministerio Público y al imputado, salvo las dos anteriormente mencionadas en que también tiene personería para intervenir la víctima y el actor civil.

(p. 241) 3.7. En la etapa intermedia se han operado cambios interesantes, tales como el control material de la acusación de suerte que si: "1. El hecho materia de la acusación no constituye delito o exista una causa que extinga el mismo. 2. Resulta evidente a la concurrencia de alguna de las causas que eximen la responsabilidad -salvo que deba imponerse- una medida de seguridad- o que el delito acusado no existió o que el imputado no lo haya cometido, siempre que no sea posible incorporar en el acto oral nuevos elementos de prueba" (art. 291), el juez, de oficio o ha pedido del imputado, puede dictar lo que se denomina "sentencia de absolución anticipada". Esta institución busca evitar juicios orales intrascendentes y evitar la realización de la audiencia, obteniendo celeridad y una más efectiva protección de la libertad.

3.8. La corrección más saltante en materia de derecho probatorio, se encuentra en la Sección referida al "ofrecimiento de pruebas". En el Juicio Oral se actúan las pruebas nuevas ofrecidas por las partes -en puridad las verdaderas pruebas, pues los actos de investigación no tienen esa calidad- y las ampliaciones -sin ninguna limitación- de las que se practicaron en la etapa de investigación (art. 293). Esta norma se correlaciona con la prevista en el art. 325, que preceptúa que la lectura de piezas procesales se circunscribe a: 1. Los testimonios o diligencias de examen pericial, si se actuaron conforme a la actuación de urgencia, o si el testigo o perito que declaró en el sumario no puede concurrir al juicio debido a su fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar, desconocimiento de su paradero o por causas independiente a la voluntad de los sujetos procesales. 2. La denuncia, la prueba documental o de informes, el dictamen pericial y las actas de aseguramiento de evidencias labradas por la policía (inspección, detención, incautación, hallazgo, secuestro, etc.).

Otra innovación de interés se refiere al instituto de la confesión, en especial a sus efectos. El art. 216 ahora prescribe que la atenuación por confesión sincera y espontánea alcanza a una disminución prudencial de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (la falta de un límite objetivo viene distorsionando el régimen de individualización de la pena y, especialmente, de la administración de las atenuaciones especiales en relación a la terminación anticipada del proceso). Está excluido de la atenuación el imputado que confiesa, en los supuestos de delitos flagrantes y de irrelevancia de la admisión de cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso.

En materia de prueba ilícitamente obtenida, se amplía la regla de exclusión, comprendiendo expresamente la teoría del efecto reflejo o fruto del árbol envenenado. En efecto, siguiendo el modelo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España, se sanciona en el artículo IX, II Párrafo del Título Preliminar, que "carecen de efecto legal los elementos de prueba obtenidos, directamente o indirectamente, mediante violencia moral, psíquica o física o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los documentos y los archivos privados, así como las demás que se obtengan con violación de los derechos humanos fundamentales de la persona.

3.9. La actuación de pruebas de urgencia comprende otros motivos: 1. Cuando exista fundado motivo para considerar que un testigo o perito no podrá ser interrogado en audiencia por enfermedad, viaje u otro grave impedimento. 2. Cuando, por elementos concretos, existan serias razones para considerar que ha sido expuesto a violencia, amenaza, oferta o promesa de dinero, a fin de que no declare o declare en falso.

No obstante la ampliación y precisión de motivos, en el que se aprecia la influencia del Código italiano, no se ha asumido la opción del "incidente probatorio", tendente a asegurar la prueba desde la propia etapa sumarial, pues aunque se corrige los serios defectos del código de 1991 el avance operado aún es limitado.

3.10. La etapa de la audiencia mantiene las características del Código de 1991, con los siguientes cambios:

- a. Se ha regulado el instituto de Conformidad, de tal manera que comprende el caso de los procesos complejos. Si son varios acusados y sólo algunos se acogen a la conformidad, la sentencia respecto de aquellos se diferirá (**p. 242**) hasta que concluya la audiencia contra los no confesos.
- b. La denominada "sentencia de conformidad" debe respetar la aceptación del imputado, sin embargo si el juez estimara que el hecho acusado no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exime o atenúa la responsabilidad, dictará sentencia en los términos que proceda. Ello significa que no obstante esta fórmula autocompositiva, está reservado al Juez la facultad de individualización de la pena que con razonable amplitud le concede los art. 45 y 46 del Código Penal: la Constitución reserva categóricamente y ninguna suerte de excepción la facultad de juzgar al órgano jurisdiccional, que en el caso de la conformidad y demás supuestos de consenso se ve limitada, pero nunca vaciada de contenido (Cfr: PUENTE SEGURA, Leopoldo. La Conformidad en el proceso PenalEspañol Madrid: 1994, pp. 129 y 130).
- c. No obstante que el juez asume una posición neutral en el curso de la audiencia, pues no intervienen en la actuación probatoria, salvo casos muy contados y con fines de esclarecimiento, el art. 333 -al influjo de la OPP Alemana- lo autoriza a disponer de oficio -pero también a pedido de parte- la actuación de nuevos medios probatorios, si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. No obstante lo expuesto, es una norma que contiene un aspecto problemático desde que puede forzar al juez a tomar partido por la hipótesis acusatoria y, por tanto, rompe la posición de neutralidad que sería conveniente asuma hasta el final del juicio (Cfr: BOVINO, Alberto El Debate. El nuevo Código procesal Penal de la Nación. Buenos Aires: 1993, p. 187.)

3.11. El principio de correlación, a su vez tributario de los principios acusatorios y de contradicción, así como de la interdicción de la indefensión, se consagra en el art. 347, II Párrafo -declara influencia del Código Modelo Iberoamericano-, cuando señala que "La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación ampliada". Ahora bien, esta máxima de la vinculación temática del tribunal, no obsta que se pueda dar al hecho una calificación, jurídica distinta, siempre

que se advierta al imputado sobre la posible modificación de la tipificación. Esta advertencia debe hacerse en el curso del debate o hasta antes de que el Fiscal inicie su exposición oral.

3.12. En lo atinente a la impugnación, en las disposiciones generales se ha precisado que "la impugnación confiere al Juez Revisor competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de errores sustanciales no advertidos por el impugnante", (art 375).

El recurso de apelación ha sido correctamente limitado. Sólo procede contra: 1. Sentencia. 2. Autos de sobreseimiento o que pongan fin al procedimiento. 3. Autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena. 4. Autos que se pronuncien sobre la aplicación de medida coercitivas o de libertad provisional o incondicional. 5. Resoluciones expresamente declaradas apelables o que causen gravamen irreparable.

3.13. Las sentencias sólo pueden ser apeladas por motivos determinados, acercándonos a un esquema restrictivo que respete lo más posible el principio de inmediación. El procedimiento tienen pautas puntuales, inspiradas en la legislación española.

Tres son las causales del recurso de apelación contra las sentencias. 1. Quebrantamiento de las normas y las garantías procesales, siempre que se hubiese hecho formal reserva de ellas al momento de producirse, salvo que se hubiere cometido en un momento en que fuera ya imposible la reserva. 2. Error en la apreciación de la prueba al enjuiciar los hechos. 3. Infracción de precepto legal sustantivo.

Como se trata de un recurso ordinario, se posibilita la actuación de pruebas adicionales, lo que tiene razón de ser en la medida que se alegue el motivo 2 denominado error facti. La actuación probatoria, sólo será procedente, sin embargo en tres supuestos, en la medida en que se expongan **(p. 243)** las razones por las que la falta de esas diligencias hayan podido producirle indefensión: 1. Si no se pudo proponer dichas diligencias probatorias en primera instancia. 2. Si se propusieron en primera instancia y fueron denegadas, siempre que se hubiera formulado en su momento la oportuna reserva. 3. Si se admitieron determinadas pruebas que luego no se actuaron por causas no imputables al recurrente.

Las pruebas se actúan en la "audiencia de apelación". Este acto procesal se lleva a cabo previa citación a todos los sujetos procesales y con los que quieran asistir. Se inicia con la lectura del fallo apelado y del dictamen del Fiscal Superior. Acto seguido se practica la prueba admitida. Finalmente, se concede la palabra a las partes y sus abogados para que se pronuncie sobre el resultado de la misma y fundamenten sus pretensiones. Terminada la vista, la sentencia se dicta en el plazo de cinco días.

El Juez Revisor tiene amplios poderes, no sólo está facultado para declarar la nulidad del fallo y de lo actuado, sino que puede confirmar o revocar la apelada; condenar si la sentencia es absolutoria; absolver si la sentencia es condenatoria; cambiar la sanción impuesta, así como aplicar, modificar o excluir las penas accesorias, las conjuntas y las medidas de seguridad.

3.14. La Corte Suprema de Justicia, en principio, limita su competencia al conocimiento del recurso de casación, salvo los supuestos de jurisdicción originaria, propio de los delitos cometidos por altos dignatarios en el ejercicio de sus funciones -Presidente de la República, Congresistas, Ministros, Magistrados del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Vocales Supremos, Fiscales Supremos, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República- previa resolución acusatoria del Congreso (art. 100 de la Constitución y 14 de la Ley Na 26321, de 6 de octubre de 1993).

Son objeto del recurso de casación las resoluciones definitivas expedidas por la Sala Penal Superior, sea en el procedimiento especial por razón de delito como en el ordinario. De este modo se elimina el recurso de apelación suprema, de tal suerte que en su condición de Tribunal Superior, controla las sentencias de instancia a partir del error inris y del error facti, aunque limitado por lo declarado en aquellas en materia de hechos legalmente comprobados.

Para evitar la sobrecarga del supremo tribunal se le concede una facultad que tienen los máximos Tribunales de España y Argentina. Es una suerte de certiorari adaptado a nuestro sistema: "La Sala Penal de la Corte Suprema podrá desestimar de plano (...) También cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubiesen desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio jurisprudencial ya establecido".

Por otro lado, para evitar dilaciones en la resolución final del proceso, en primer lugar, el recurso de casación es sin reenvío, o sea rescindente y rescisorio; y, en segundo lugar, la sentencia casatoria podrá anular parcialmente un fallo, de suerte que las partes del fallo que no tengan nexo causal con la parte anulada permanecen vigentes.

Resulta interesante destacar la causal de casación tercera (art. 389). El recurso de casación procede "Si la sentencia o auto se aparta del principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento, pero sin la fundamentación razonable de ese apartamiento".

Se trata de una causal que excede a una óptica de función predominante parciaria atribuida comúnmente a la casación penal, pues al concebir una suerte de infracción de la doctrina jurisprudencial de la corte suprema da a sus fallos una función de fuente del derecho bastante importante.

En nuestro sistema jurídico, y según el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en concordancia con el numeral 80.3 de la misma norma, en su texto fijado por la Séptima Disposición Complementaria de la Ley N° 26623, de 19 de junio, la Sala Plena de la Corte Suprema tiene la atribución de sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la misma Corte, y disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales; obligatoriedad que sin embargo es relativa, pues excepcionalmente los jueces de instancia pueden apartarse de ella, en cuanto (**p. 244**) motiven adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

La aceptación de la jurisprudencia vinculante, sin duda alguna, no es pacífica. Sin embargo, el respeto a la unidad del ordenamiento jurídico y al principio de igualdad ante la ley, conduce paulatinamente a aceptar la legitimidad de estas "sentencias con generalidad normativa", al decir de Bidart Campos.

3.15. En los procesos por delitos no convencionales, es decir aquellos delitos graves cometidos por integrantes de organizaciones criminales o en concierto con varios individuos, algunos vinculados al poder del estado, se autoriza al fiscal -siguiendo el modelo colombiano- a adoptar medidas especiales para proteger la integridad y derechos de los testigos. La intervención judicial procede en la medida que se requiera la reserva de la identidad del testigo, lo que será procedente si existe temor fundado de represalias contra él.

Si se quiere utilizar como prueba la declaración del testigo a quien se le ordenó la reserva de su identidad, debe realizarse una audiencia preliminar, donde se hará expresa su voluntad de mantener en reserva su identidad y de colaborar con la justicia. El testigo será denominado por medio de una clave, la cual se mantendrá a lo largo del proceso. El acta será sellada y depositada en un archivo reservado, al que sólo el juez tendrá acceso.

En aras del respecto del contradictorio y para evitar la indefensión del imputado, el testigo puede ser interrogado ampliatoriamente por las partes e inclusive confrontado con el acusado, tanto en la etapa sumarial cuanto en la etapa intermedia como actuación probatoria de urgencia. La autorización de estas diligencias procederá, por orden judicial en la medida que resulte indispensable para la búsqueda de la verdad y para garantizar el derecho de defensa de los sujetos procesales. Estas diligencias se realizaran en un ambiente especial para mantener la reserva de la identidad del testigo.

3.16. En lo concerniente a los procesos especiales, el Proyecto ha reordenado el proceso por razón del delito, así como diseñado un proceso por razón de la función para las apersonas aforadas cumpliendo las directivas constitucionales. Además incorporó el proceso de conclusión anticipada, bajo los modelos italiano y colombiano, extendiéndolo a los delitos sujetos al proceso ordinario; el proceso por decreto penal de condena, siguiendo pautas de la legislación alemana e italiana, para los delitos no asociados a penas de privación efectiva de la libertad; y, el proceso por colaboración eficaz, de fuente colombiana. Además, ha mejorado la técnica en los procesos especiales por razón del ejercicio privado de la acción y por faltas.

El proceso especial por razón de delito, que como ya se explicó, tiene como características que la etapa intermedia y el juzgamiento se llevan a cabo ante el Fiscal superior y la Sala Penal Superior (el juez Penal se limita a intervenir en los actos de investigación, controlando al fiscal, dictando medidas restrictivas de la libertad y excarcelación, etc.). Sólo son pasibles de este proceso especial los delitos cuyo mínimo legal sea diez años de pena privativa de libertad; es decir, se limita en mayor medida el acceso a este proceso, a la par que se aumenta el ámbito competencia del juez penal, destinado a convertirse con mayor fuerza en el juez ordinario, típico del orden jurisdiccional penal.

3.17. El proceso de conclusión anticipada es una expresión del denominado "Derecho Procesal Transnacional", constituye un negocio jurídico procesal, bajo el esquema de transacción penal. Se justifica en razones de economía procesal, pues se obvia la realización de fases formales instructorias y evita el juicio oral. Es un camino procesal para llegar a decisiones expedidas, según expone ESPITIA GARZÓN, Fabio Código de Procedimiento penal Comentado. Bogotá: 1994, p. 24). Para el imputado significa la obtención de primas o beneficios y la posibilidad de culminar la incertidumbre de un juicio, que puede serle más perjudicial. Para la víctima importa un estímulo a su pronta reparación. Dice en Colombia, Bernal Cuéllar, que la represión a ultranza ofrece pocos alicientes para la resolución de los conflictos, en tanto que la concertación, el dialogo y la transacción son herramientas mucho más eficaces (SAN MARTÍN, César. Nuevos procedimientos auxiliares y juicios especiales incorporados en el Proyecto de Código Procesal Penal. En: Revista Ius Et Veritas. Año V. NQ10.1995, p. 89).

(p. 245) La terminación anticipada sólo puede pedirse una vez y antes de que el Fiscal formule acusación. Se realiza en una audiencia especial y privada, en cuaderno aparte. En primer lugar, el juez explica al imputado los alcances de este proceso especial; en segundo lugar, el fiscal formula los cargos y propone la pena y reparación civil; en tercer lugar, el imputado puede aceptarlos parcial o totalmente, iniciándose una discusión en orden a un posible acuerdo; en cuarto lugar, si hay acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible, de la pena y de la reparación civil, así lo declarará; en quinto lugar, firmada el acta, el juez se pronunciará efectuando un control de legalidad y razonabilidad del acuerdo, y de ser afirmativa su conclusión, expedirá una sentencia de conformidad, con las posibilidades ya explicadas en los supuestos de conformidad al inicio del acto oral. Es de acotar que si el imputado se somete a este proceso, recibirá como prima la rebaja de la pena hasta un sexto, sin perjuicio de aplicar la atenuante excepcional de la confesión sincera.

La sentencia de conformidad o aprobatoria del acuerdo es elevada en consulta a la Sala Penal Superior.

3.18. El proceso monitorio o decreto penal de condena está vinculado a los delitos de mínima entidad, sancionados con penas restrictivas de la libertad, limitativas de derechos, multa o privativa de libertad no mayor de cuatro años (por encima de ese límite no procede condena condicional). Por consiguiente, se trata de delitos leves, no asociados por ningún concepto a pena privativa de la libertad efectiva.

El profesor Gimeno Sendra explica que es un procedimiento destinado al enjuiciamiento de delitos de bagatela, informado por el principio de la escritura y caracterizado por la inmediata creación de un título penal de ejecución, que en ningún caso ha de conllevar aparejado pena privativa de libertad alguna y frente al cual se confiere al imputado el derecho de aquietarse o a ejercitar su oposición mediante la instauración del contradictorio (Los procedimientos penales simplificados. En: Poder Judicial. Número Especial. II. 1987. Madrid, p. 38).

Cuatro son las notas características de este procedimiento, al decir del mismo autor: 1. Es especial por razones jurídico-procesales, ya que su finalidad es la economía procesal. 2. Su objeto lo constituyen las infracciones punibles leves, con una base probatoria inconcusa. 3. El principio de escrituras es el hegemónico, desde que sobre la base de una puesta en conocimiento al sancionando para que, lo tiene a bien, formule oposición libre al decreto penal, el fiscal pide la condena inmediata basándose en los actuados policiales o en las preliminares realizadas por él mismo. 4. La posibilidad del imputado de eludir el juicio y, con él, el riesgo de sufrir una sentencia que puede irrogarle una pena más grave a la adoptada en el decreto penal. El contenido del decreto es una propuesta de sanción, que si no es atacada mediante la oposición, se convierte en firme y con todos los efectos de la cosa juzgada.

3.19. El Proyecto de Código Procesal Penal, a final de cuentas tiene numerosas opciones para hacer frente tanto a delitos de bagatela, vía criterios de oportunidad reglada y proceso monitorio. Ello traería consigo -al decir de Miguel Soto- un significativo aumento de la eficacia del sistema penal para solucionar los conflictos que se le presentan, sin lesionar las garantías individuales (Ministerio Público y Político Criminal. en: El Ministerio Público. Santiago. 1994. p. 149). Además, para los delitos graves, cometidos a través de organizaciones criminales, potencia las fórmulas premiales a través del proceso por colaboración eficaz.

La Política de aceleramiento procesal se ve potenciada con la absolucón anticipada, el instituto de la conformidad, el tratamiento de la confesión y el proceso de terminación anticipada, así como con la limitación al ejercicio de los recursos impugnatorios en la etapa sumarial y la necesidad de su formalización y motivación consiguiente. El procedimiento ordinario-básico se realiza ante el juez

penal y comprende la inmensa mayoría de delitos, salvo los especialmente graves, en que la Corte Superior asume su enjuiciamiento en primera instancia.

La eficacia que desde la ley pretende dotarse al proceso parte de concebir un modelo de instrucción ligado al Ministerio Público y de hacer más fluida la relación Fiscalía-Policía, cuidando de facilitar el acceso a las mediadas coercitivas por parte de los órganos de investigación y persecución del (p. 246) delito y que tengan atribuciones suficientes para asegurar las pruebas y a las personas implicadas desde el inicio de la investigación preliminar; de ahí el tratamiento de la flagrancia delictiva y de la posibilidad de poner a un implicado a disposición judicial para que disponga su detención preventiva en sede policial mientras duran las indagaciones previas.

Por otro lado, se han instituido un conjunto de medidas para garantizar un debido proceso y la defensa de los derechos individuales, respetando en todo momento el principio de proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad en lo que respecta a las coerciones y medidas instrumentales restrictivas de derechos. La investigación está controlada judicialmente; un imputado no puede ser acusado sin antes ser procesado -considerado inculcado en la instrucción- y tener la oportunidad de contestar los cargos, a quien se le reconoce dos derechos fundamentales : defensa y presunción de inocencia. El juez no tiene funciones de investigación y de intervención en la actividad probatoria.

Se ha consolidado la primacía del juicio oral sobre el sumario, aunque éste continúa siendo muy formalizado. Vives Antón no sólo destaca que la instrucción no tiene - no puede tener- carácter jurisdiccional, sino que previene que la investigación de la Fiscalía debe limitarse al acopio de evidencias, actuando si sujeción a las mil formalidades inútiles que paralizan los procedimientos del sistema mixto, lo que permitiría un proceso verdaderamente oral y mucho más breve, dejando al órgano jurisdiccional la función de juzgar, lo que haría recobrar a las garantías su auténtica dimensión (Doctrina constitucional y reforma del proceso penal. En: La Libertad como pretexto Valencia. 1995, p. 277).

3.20. El Proyecto, en el Libro Sexto, ha regulado la cooperación judicial internacional. El principio-base estriba en que las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras en materia de asistencia mutua en asuntos penales y traslado de condenados se rigen por los tratados, por el principio de reciprocidad y los usos internacionalmente consagrados y subsidiariamente por el Código. La autoridad central es el Fiscal de la Nación, quien como tal es el encargado de coordinar, enviar y recibir las solicitudes de asistencia y de traslado, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La asistencia mutua, sin perjuicio de la extradición, que es la forma de cooperación judicial más antigua -y queda regulada en una ley especial-, comprende: 1. Notificación de resoluciones, así como de testigos y de peritos para que presten testimonio. 2. Recepción de testimonios y declaraciones de personas. 3- Exhibición y remisión de documentos judiciales o copia de ellos. 4. Remisión de documentos e informes. 5. Realización de inspecciones. 6. Examen de objetos y lugares. 7. Práctica de embargos, incautaciones o secuestros de bienes, inmovilización de activos e identificación del producto de los bienes y los instrumentos de la comisión de un delito. 8. Facilitación de información y elementos de prueba. 9. Traslado de detenidos sujetos a proceso penal o condena, cuando su comparencia como testigo sea necesaria. 10. Traslado de condenados. 11. Diligencias en el exterior. 12. Entrega Vigilada del objeto o de los efectos del delito.

Las fuentes de estas normas se encuentran en la Convención Americana sobre Cooperación Judicial y en la Convención de Viena contra el Narcotráfico (1988), así como las Convenciones Europeas de 1956, 1964, 1970 y 1990.

Lo relevante de esta regulación es que si bien se sigue el esquema básico de los modelos internacionales, inclusive el propiciado por Naciones Unidas, también se busca volver más operativa su implementación señalando puntualmente los pasos que debe seguir tanto el fiscal como el juez para cumplir el cometido perseguido. El Proyecto trata del tema desde las dos perspectivas: el Perú como país solicitante de la ayuda judicial al extranjero, y el Perú como país que decide el requerimiento extranjero de cooperación.

4. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL VIGENTE

4.1. A despecho de las propuestas legislativa integrales, traducida en el Código Procesal Penal de 1991 y en el Proyecto aprobado por el Congreso de 1995 y observado por el Poder Ejecutivo, que modulan un proceso con mayores rasgos acusatorios, (p. 247) la realidad normativa que nos rige presenta características inquisitivas muy notorias, que quiebran los principios estructurales del

proceso (contradicción e igualdad) y los principios del procedimiento penal, vinculados a la forma de los actos procesales (oralidad), a la relación del órgano jurisdiccional con el objeto procesal (inmediación) y al conocimiento de las actuaciones (publicidad).

4.2. El Código de Procedimientos Penales de 1940, si bien organizó la instrucción bajo la dirección de un Juez Instructor y confió el juicio oral a un Tribunal Correccional, consagrando -entre otras normas- el principio de oficialidad y la calidad de mera denuncia del Atestado Policial, cuyo autor debía ratificarse de su contenido en sede judicial y el control judicial del pedido de sobreseimiento del Fiscal, empero permitió -sin ningún límite derivado de los principios de inmediación y oralidad- que las diligencias sumariales e inclusive policiales pueden ser leídas en el acto oral y ser incorporadas en igualdad de condiciones con las actuadas directamente en el plenario y ser apreciadas por el Tribunal Correccional al dictar sentencia.

El art. 262 de dicho Código establece al regular el acto oral, que "terminados los interrogatorios de los testigos y los debates periciales, se procederá a examinar -no solo leer- la prueba instrumental, dándose lectura a las piezas o documentos que ya obran en la instrucción o de las que hubieran sido presentadas ante el Tribunal por las partes. A su vez, el art. 280 preceptúa 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". Esta norma, interpretada al margen de los principios rectores del acto oral, permitió a la jurisprudencia siguiendo al autor de la norma que "la sentencia que le ponga término (al juicio) abarque o comprenda todas las pruebas que se haya producido oralmente, como las que hubieran sido actuadas en la instrucción y leídas en la audiencia para someterlas al debate contradictorio" (ZAVALA LOAYZA, Carlos. Exposición de motivos del Código de Procedimientos Penales. Lima: 1939, p. 300).

Esta concepción, como es sabido, importó en la práctica desterrar el principio de oralidad que como explica Claus Roxín significa que la fundamentación de la sentencia se realice exclusivamente mediante el material de hecho introducido verbalmente en el juicio. También afectó el principio de inmediación, que exige que la actividad probatoria transcurra ante la presencia o intervención del juez de fallo (Cfr.: GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Proceso Penal. Valencia: 1992, pp. 86 y 88). Además, significó, ante la afirmación de la práctica tribunalicia aceptada por la jurisprudencia del Supremo Tribunal, la progresiva minusvaloración del juicio oral como etapa principal del proceso penal, que en su momento abrió paso a sucesivos cambios que eliminaron la audiencia reuniendo en el juez instructor la conducción del sumario y del plenario.

4.3. El legislador, en esta perspectiva, dio el carácter de prueba a los actos de investigación, no sólo sumariales sino fundamentalmente policiales. Así tenemos que en el año de 1981, por Decreto Legislativo Ns 126, se modificó el art. 62 del CPP, estableciendo que "la investigación previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad por los jueces y tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales (criterios de conciencia en la valoración de las pruebas)". Se ha considerado que si el Fiscal interviene una investigación preliminar a la judicial, la actuación realizada labrada en un acta goza de autenticidad y del valor de prueba, de lo que se colige que no es necesario reproducir la misma en el acto oral bastando sólo su lectura.

4.4. Otro paso regresivo fue la anulación del juicio oral para muchos delitos (de pequeña y mediana entidad), instaurándose el denominado "juicio sumario" con el Decreto Ley N° 17110 (8 de noviembre de 1968), el Decreto Legislativo N° 124 (12 de Junio de 1981) y el Decreto-Ley N° 26147 (24 de diciembre de 1992). La característica esencial de este procedimiento es que el Juez que investiga es el que dicta sentencia y ésta la expide sin llevar a cabo un plenario o juicio oral.

4.5. (p. 248) La afectación del principio de igualdad se expresa en lo siguiente:

- a. La prohibición que contienen el Código de 1940 en el sentido de que en el acto oral el defensor interroge directamente a los acusados, testigos y peritos, pese a que sí puede hacerlo el fiscal. El Tribunal además, interviene activamente en la práctica probatoria.
- b. Los privilegios para el Estado cuando litiga en sede penal, sea como parte civil o tercero civil. El Decreto-Ley N° 17537 (1969), de defensa judicial del Estado, dispone que el Procurador Público -abogado del Estado- puede intervenir en las diligencias sin que le afecte las limitaciones generales previstas para otros sujetos procesales y en toda resolución definitiva o sentencia desfavorable al Estado se eleva en recurso de apelación o de nulidad de oficio al Tribunal Superior en grado.

4.6. La legislación contra el Tráfico Ilícito de Drogas, que tienen como base el Decreto-Ley N° 22095, de 21 de febrero de 1978, estructuró un proceso ordinario especial que ampliaba los poderes policiales, limitada con más fuerza los derechos de los investigados y permitía medidas coercitivas personales y reales más intensas.

Es de destacar que esta legislación instauró la detención policial, sin exigencia de flagrancia delictiva, hasta por un plazo de 15 días; permitió la incautación de bienes sin orden judicial, así como el allanamiento y al restricción de la libertad de tránsito; prohibió el Habeas Corpus para los detenidos en sede policial por este delito; condicionó que la excarcelación por libertad provisional requiere la aprobación del Tribunal Correccional; autorizó el traslado del detenido a otros lugares, con el sólo conocimiento del Juez Instructor. La legislación vinculada a este delito condicionó un procedimiento penal con primacía de los imputados presos y obstaculizó la excarcelación, así como restringió enormemente la posibilidad de acceso a los beneficios penitenciarios.

4.7. La legislación antiterrorista dictada a partir de 1992 con los Decretos Leyes N° 25475 y 25499, concibió un proceso ordinario especial marcadamente restrictivo e inquisitivo. Es de resaltar:

- a. Que la Policía puede detener a los presuntos implicados por el término no mayor de quince días naturales, sin exigencia de flagrancia delictiva; que puede disponer la incomunicación de los detenidos hasta por 10 días, con sólo comunicar la medida al juez y al Ministerio Público; que puede trasladar a los detenidos a cualquier punto de la República; que la intervención del defensor tiene lugar a partir de la declaración del detenido y no antes.
- b. Que los abogados Defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado, a nivel nacional.
- c. Que al abrirse proceso contra un denunciado por delito de terrorismo debe dictársele mandato de detención; que no procede ningún tipo de excarcelación anticipada; que la instrucción demora 30 días naturales prorrogables a 20 días; que en la instrucción en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial; que no es posible recusar a los magistrados ni a los auxiliares de justicia; que la identidad de los fiscales y magistrados que intervienen en el juzgamiento es secreta; que la competencia para conocer estos delitos es nacional; que los imputados no pueden acogerse a ninguno de los beneficios que establecen los Códigos Penal y de Ejecución Penal.
- d. Que el Fuero Militar, bajo el procedimiento del juicio especial en teatro de operaciones, conoce de los delitos denominados de "traición a la patria", que son delitos de terrorismo especialmente agravados, tales como integrar la dirección de organizaciones terroristas, formar parte de pelotones de aniquilamiento, preparar atentados con explosivos que causen daños graves (modalidad de los denominados "coche bombas"), entre otros. Aquí también los jueces y fiscales son secretos y, por la propia configuración del sistema procesal, el acto (**p. 249**) oral no permite la actuación probatoria, limitándose el mismo a interrogar a los acusados presos y dar lectura a las actas del Atestado y del Sumario Judicial.
- e. Que en los delitos de terrorismo y traición a la patria los jueces pueden condenar en ausencia (Decreto-Ley N° 25728, de 18 de Setiembre de 1992) y no cabe acción de Habeas Corpus (Decreto Ley N° 25659, de 13 de Agosto de 1992). Sin embargo, estas limitaciones fueron derogadas por la Ley N° 26248, de 12 de noviembre de 1993. Esa norma, asimismo, flexibilizó las excarcelaciones, pero no modificó las prohibiciones en materia de delimitación temporal de la detención ni de la vigencia de las requisitorias judiciales.
- f. Que en materia de derecho penal premial se instauró un procedimiento por colaboración eficaz orientado a conseguir información eficaz de los delincuentes terroristas arrepentidos, de suerte que podían obtener la impunidad o la remisión de la pena. Las leyes que implementaron ese modelo estructuralmente inducido para lograr confesiones, sin embargo, no condicionaron la vigencia del beneficio a reglas de conducta determinadas. El procedimiento de esclarecimiento es rigurosamente secreto y la decisión judicial de conceder el beneficio está condicionada a la exclusiva investigación policial. El arrepentido goza de la reserva de su identidad, por lo que no puede ser llamado al proceso que se sigue contra la persona a quien delató o involucró. La legislación de arrepentimiento antiterrorista (Decreto-Ley N° 25499, de 16 de junio de 1992, y Ley 26220 de 19 de agosto de 1993) feneció con la entrada en vigor de la Ley N° 26345, de 30 de agosto de 1994 que precisó que los beneficios o premios de dicha legislación culminaron el 1 de noviembre de 1994.

4.8. El procedimiento por colaboración eficaz también alcanzó a los autores o partícipes de los delitos en agravio del Estado (señaladamente concusión, peculado, corrupción, aduaneros, contra la seguridad exterior, etc.). El Decreto Ley N° 25582, de 27 de Junio de 1992, estableció la exclusión de la pena y la conversión del colaborador a simple testigo, en la medida en que proporciona información veraz, oportuna y significativa sobre delitos en agravio del Estado, siempre que la información proporcionada haga posible: a) evitar la comisión del delito; b) promover el esclarecimiento del delito, como consecuencia de la información proporcionada; y, c) la captura del autor y autores del delito.

El beneficio de exclusión de pena o, mejor dicho, de declaración de impunidad para un delincuente, es concedido por el juez del debate y previa opinión favorable del Ministerio Público.

4.9. La Ley N° 26320, de 2 de junio de 1994, introdujo el proceso de terminación anticipada, sobre la base del patteggiamento italiano y del Código de Procedimiento Penal colombiano, en cuya virtud - como ya se explicó- sobre un acuerdo entre fiscal e imputado acerca de las circunstancias del hecho y de la pena y reparación civil, el juez se limita a dictar una sentencia de conformidad, con lo que se pone término al proceso y el imputado obtiene determinadas primas o beneficios especiales, circunscritos a rebajas penales sustantivas (un sexto de la pena por someterse al proceso, sin perjuicio de acumular el beneficio por confesión).

El proceso de terminación anticipada se circunscribe al tipo básico de tráfico ilícito de drogas, las formulas privilegiadas y los delitos relacionados, excluyéndose los tipos calificados y los de blanqueo, receptación impropia y siembra compulsiva.

4.10. La Ley N° 26461, de delitos aduaneros (contrabando y defraudación de rentas de aduana), publicada el 8 de junio de 1995, instituyó para todas las modalidades delictivas de contrabando y defraudación de rentas de aduana, similar proceso de terminación anticipada, condicionándolo al pago de los impuestos externos dejados de percibir por el Fisco y de una suma equivalente a dos veces el valor de las mercancías materia del delito. La prima o beneficio alcanza a una reducción de la pena privativa de libertad aplicable hasta en una tercera parte del mínimo legal.

Dicha Ley, en otro orden de ideas, perfila un modelo de primacía de la administración en el control del delito, aduanero en este caso. Se crea la Comisión de Apoyo a la Lucha contra los delitos de **(p. 250)** Contrabando y Defraudación de Rentas de Aduana, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, encargada de coordinar con los diferentes sectores vinculados con la prevención y represión de dichos delitos. La Superintendencia Nacional de Aduana se encarga de custodiar los bienes incautados y secuestrados que constituyan objeto de contrabando, así como de realizar la pericia de evaluación, aforo y liquidación de tributos externos, autorizándole a su remate a los 6 meses de la custodia aunque se encuentre el proceso en trámite, así como la adjudicación directa a determinadas entidades estatales e instituciones religiosas, asistenciales y educacionales.

La incautación y secuestro de las mercaderías, medios de transporte, bienes y efectos del delito es dictada por el Ministerio Público, sin intervención previa ni confirmación judicial. El Fiscal es el encargado de dirigir la investigación, con el apoyo de las autoridades competentes. Esta norma (art. 23), empero, no es aplicable porque hasta el momento no se dicta el Código Procesal Penal y, por tanto, no existe un mecanismo procesal que haga factible la dirección de esta etapa procesal por el Fiscal.

4.11. La Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo N° 813, de 19 de abril del año 1996) trae impresionantes cambios en materia procesal. En primer lugar, precisa que el Órgano Administrador del Tributo es el único que puede formular denuncia por delito tributario ante el Ministerio Público, quien no puede actuar de oficio. En segundo lugar, la Administración se reserva la investigación preliminar del delito cuando presuma la comisión del mismo, a cuyo efecto podrá contar con el apoyo de cualquier dependencia de la Policía Nacional. En tercer lugar, si la policía, la Fiscalía o la Judicatura presuman la comisión de un delito, deberá informar esta situación a la Administración y esperar que ésta realice la investigación previa. En cuarto lugar, la denuncia de la Administración, según el nuevo Código Tributario, es discrecional y no fija un marco objetivo para determinar cuándo denuncia y cuándo no. En quinto lugar, tergiversa el instituto de la caución condicionándola, en los delitos graves, a determinados montos fijados en porcentajes de la deuda tributaria actualizada, así como -en los supuestos de concurso real de delitos de defraudación tributaria- la fija en función a la gravedad de la infracción y no a la peligrosidad para los fines del proceso. En sexto lugar, en concordancia con el Código Tributario, propugna una justicia penal especializada que comprende los delitos tributarios y los aduaneros. Resulta imprescindible apuntar la ostensible inconstitucionalidad de este procedimiento administrativo de investigación del delito. El art. 159 Constitucional estipula que el ejercicio de la acción penal, de oficio o a petición de parte, corresponde al Ministerio Público, y que

al Fiscal corresponde conducir desde su inicio la investigación del delito y que con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir sus mandatos en el ámbito de su función. Asimismo, el art. 166 reconoce a la Policía -y no al resto de la administración- la investigación y combate de la delincuencia, obviamente bajo la conducción fiscal. Las normas citadas, que abren un espacio de investigación administrativa fuera de todo control de legalidad y ponen a fiscales y jueces a merced de la administración tributaria, nos persuaden de la minusvaloración del rol institucional del Ministerio Público, así como de la inversión de precedencias en torno a la persecución penal y al juzgamiento de los delitos: el fiscal y, luego, el Poder Judicial, están condicionados a lo que decida la administración, la cual inclusive con abierta infracción al principio de oficialidad de la acción penal y sin ningún parámetro objetivo decidirá si no obstante existir delito la comunicación del mismo a los órganos jurídicos de control.

4.12. El Decreto-Legislativo N° 815, publicado el 20 de abril de 1996, instituye un sistema premial en materia penal bastante singular. El art. 2 señala que aquél que proporcione información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito tributario, será beneficiado con la reducción de la pena tratándose de autores y con exclusión de pena a los partícipes. La información proporcionada -continúa el art. 2- debe hacer posible cualquiera de las siguientes situaciones: a) evitar la comisión del delito tributario en el que interviene, b) promover el esclarecimiento del delito tributario en el que intervino; y, c) la captura del autor o autores del delito tributario, así como de los partícipes. Este beneficio se otorga por los jueces y previa opinión favorable del fiscal.

(p. 251) Hasta aquí, sin embargo, reproduce las pautas normativas del Decreto-Ley N° 25582, ya comentado, salvo en la diferenciación entre autor y partícipe, pues se consagra la impunidad para el segundo y una reducción de la pena no superior a las dos terceras partes de la pena que corresponda. Si el partícipe no es beneficiado con la exclusión de sanción, puede no obstante ello ser pasible de una sanción reducida en la misma forma que el autor.

El solicitante -así llamado por la ley- que siendo autor del delito se acoge a los beneficios que ella consagra, previamente deberá pagar la deuda tributaria. El solicitante que tiene la calidad de partícipe puede acogerse a un beneficio complementario: asignación de recursos económicos para la obtención del trabajo, cambio de domicilio y seguridad personal.

La información está sujeta, siguiendo el modelo de arrepentimiento anti-terrorista, a una corroboración por la autoridad encargada de la investigación (administración, Fiscalía o Poder Judicial, según el estado de la causa). Por otro lado, la revocación del beneficio está condicionada exclusivamente, siguiendo la fuente del art. 4 del Decreto-Ley N° 24599 (Ley de Arrepentimiento de Terroristas), a que no se cometa otro delito tributario dentro de los 10 años de otorgado el beneficio.

Finalmente, siguiendo y desarrollando el sistema iniciado por la Ley de Delitos Aduaneros N° 26461, de 2 de junio de 1995, el Código Tributario extendió la recompensa a todos los delitos tributarios siempre que los solicitantes denuncien ante la Administración Tributaria la comisión de delitos que afecten la recaudación fiscal, a los cuales se les garantiza la reserva de su identidad y se les exige que colaboren en las investigaciones que se inicien para corroborar su información.

El sistema es conducido por la propia Administración, sin intervención del Ministerio Público o del Poder Judicial, y es la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) la encargada de fijarla, de acuerdo a porcentajes de lo efectivamente recaudado. El pago de la recompensa está condicionado a que la información proporcionada sea veraz, significativa y determinante para la detección del ilícito tributario.

Es de significar, en primer término, que a diferencia de este modelo administrativista, la Ley de delitos aduaneros establece que son los jueces quienes evalúan y fijan la procedencia y monto de la recompensa. En segundo término, que este modelo ingresó a nuestro ordenamiento jurídico con la primera ley de represión del contrabando N° 16185, de 28 de junio de 1966, de suerte que puede señalarse que en nuestro sistema penal los premios al denunciante se circunscriben a los delitos tributarios y aduaneros.

4.13. Por último, la Ley de lucha contra el Narcotráfico, Decreto-Legislativo N° 824, apartó a las Fuerzas Armadas del control del tráfico ilícito de drogas que se le encargó durante el período del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (abril de 1992) y restituyó esa misión -de prevención e investigación de ese delito- a la Policía Nacional, a través de su dirección especializada: Dirección Nacional Antidrogas (DINANDRO). Además, instauró mecanismos premiales de exclusión o exención de pena para determinados narcotraficantes y reconoció dos instituciones propugnadas por la Convención de Viena contra el narcotráfico: la "Remesa Controlada" y el "Agente Encubierto". Es

de precisar que expresamente se impide acceder a estos beneficios a los dirigentes, jefes y cabecillas de las organizaciones delictivas, así como a los que obtuvieron beneficios al someterse al proceso de terminación anticipada y a los funcionarios encargados de la prevención, procesamiento y ejecución del narcotráfico.

4.14. El Título III del citado Decreto- Legislativo regula las fórmulas premiales. Así tenemos:

- a. **La exención de pena.** El que se encuentra sometido a una investigación policial o a un proceso judicial por tráfico ilícito de drogas, podrá quedar exento de pena en dos supuestos:
 1. Cuando proporcione información oportuna y veraz que permita identificar y detener a dirigentes o jefes de organizaciones de narcotraficantes o a las actividades de tráfico ilegal de armas o lavado de dinero, siempre que estén vinculadas al narcotráfico.
 2. **(p. 252)** Cuando la información proporcionada permita, en primer lugar, el decomiso de drogas y demás medios y objetos utilizados para la obtención de drogas ilícitas, que establezcan el funcionamiento de un organización dedicada al narcotráfico; en segundo lugar, la identificación de los dirigentes o jefes de la organización; y, en tercer lugar, el desbaratamiento de la organización criminal.
- b. **La remisión de pena.** El condenado por delito de tráfico ilícito de drogas (tipo básico, art. 296 del CP: lavado o blanqueo, arts. 296- A y 296-B del CP, y, tráfico ilegal de armas art. 279 del CP) podrá acogerse a la remisión de pena, cuando se den los supuestos señalados anteriormente.
- c. **El indulto.** Los delincuentes primarios, condenados por delitos privilegiados y relacionados de narcotráfico (microcomercialización de drogas - art. 298 CP-, consumo compulsivo de drogas -art. 301 CP-, instigación al consumo de drogas -art. 302 CP- y administración indebida de drogas tóxicas -art. 300 CP-), que hayan cumplido un tercio de pena privativa de libertad, podrán acogerse al indulto.

La norma regula una noción formal del jefe, dirigente o cabecilla: son aquellas personas que se encuentran registradas o sean identificadas como tales por la Policía Nacional, el iMinisterio Público y los organismos de inteligencia especializados en la materia. Sin duda alguna, no se trata de una definición objetiva de lo que es un dirigente del narcotráfico puesto que traslada su identificación a la autoridad sin ningún control o parámetro jurídico. Esta norma, sin temor a equivocarnos, viola el principio de taxatividad penal e introduce elementos subjetivos que impiden reconocer el contenido necesario de tal figura. Un dirigente, como es obvio, se define por sus relaciones de mando, influencia o jerarquía al interior de una organización debidamente estructurada y con sentido de permanencia y estabilidad, pero de ninguna manera a partir de la decisión de la autoridad administrativa, operándose de esta manera una desnaturalización del sistema de fuentes que regulan los tipos penales.

4.15. El peticionario -así denominado por la ley- debe proporcionar voluntariamente la información correspondiente ante la autoridad policial -con asistencia obligatoria del Fiscal- o ante el Juez si ya existe proceso judicial. Si pide la remisión de la pena, lo hará ante la Sala Penal que emitió sentencia.

Cuatro son las medidas de seguridad que se adoptan respecto del peticionario:

- a. Secreto de su identidad;
- b. Asignación de una clave mientras dure el procedimiento;
- c. Internamiento en un Centro Especial de Reclusión, con la finalidad de cautelar su vida e integridad física;
- d. Otorgamiento de una identidad ficticia.

Resulta difícil de justificar desde la legitimidad constitucional que el procedimiento de corroboración de la versión del peticionario importe siempre su reclusión en una cárcel. Por fines penales sólo se puede detener por la comisión de un delito -flagrante- si lo hace la policía de oficio y con orden judicial en los demás casos; la policía no puede hacerlo fuera de ese marco, tampoco el Juez y menos si no expide una resolución fundada con respeto al principio de proporcionalidad, dado que se trata de una restricción -con fines de investigación- de un derecho fundamental.

La constatación de la veracidad, oportunidad y eficacia de la información proporcionada por el peticionario será constatada por la policía, con intervención del fiscal. Culminada esa investigación, sin perjuicio de promover acción penal contra los que fueron involucrados por el peticionario, en vía incidental el Fiscal solicitará -de ser el caso- que sea considerado como testigo, que es una consecuencia de la previa declaración de exención de pena. El Juez Penal, recibido el cuaderno

incidental, elabora un informe y lo eleva a la Sala Penal Superior, la que decidirá en el término de 15 días. Si se trata de petición de indulto, es obvio que siendo una derecho de gracia reservado al Presidente de la República, previa certificación adicional del Instituto Nacional Penitenciario que el peticionario ha sufrido 1/3 de la condena y siendo primario ha observado buena conducta, el Juez debe remitir el cuaderno incidental al Poder Ejecutivo para que decida lo conveniente.

4.16. Es interesante resaltar tres situaciones singulares de este procedimiento: 1. El plazo máximo para resolver las solicitudes de beneficios es de 3 meses, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud. 2. Si la solicitud es desestimada, las declaraciones y medios aportados se tendrán como inexistentes y no podrán ser utilizados en contra del peticionario. 3. Las medidas de protección en favor del peticionario llegan hasta el ocultamiento de su identidad y las decisiones finales que se acuerden tienen el carácter de secretas.

4.17. La investigación del delito de tráfico ilícito de drogas mantiene las bases restrictivas de derechos que, en su momento, estipuló el Decreto- Ley N° 22095, de 21 de febrero de 1978, pero agrega dos disposiciones insólitas: 1. "No se admite el testimonio del policía que intervino en actos de investigación o de elaboración del Atestado Policial, siempre que se refieran a diligencias en que haya participado el Ministerio Público, debiendo conservar las mismas su calidad probatoria" (art. 30).

2. "No proceden las acciones de Habeas Corpus a favor de las personas involucradas en el delito de tráfico ilícito de drogas durante la detención preventiva en la investigación policial, en la que haya participado el representante del Ministerio Público y el caso haya sido puesto en conocimiento de la autoridad judicial competente" (art. 17).

El derecho de defensa, de naturaleza constitucional, tiene como uno de sus elementos básicos poder "interrogar a los testigos presentes (...) y (...) obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos" (art. 8 inc. 2 lit. f. de la Convención Americana de Derechos Humanos). Además, la naturaleza oral del juicio exige, al estar radicado en la actividad probatoria, que el órgano jurisdiccional forme su convicción sobre las pruebas, más aún las personales, actuadas en el juicio bajo la vigencia de otros tres principios: intermediación, contradicción y publicidad. De otra forma, como parece sugerir esta norma, se da carácter de prueba a un acto de investigación sin intervención del juez sentenciador y, por tanto, se adoptan modelos inquisitivos, escritos y secretos, todo lo contrario a las pautas democráticas ínsitas en un modelo acusatorio garantista, afirmando una clarísima indefensión sin sustento razonable alguno (Cfr.: VEGAS TORRES, Jaime. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. Madrid: 1993, pp. 77 - 81).

También es evidente, por otro lado, que la suspensión del Habeas Corpus es inconstitucional. La Ley Fundamental no permite la suspensión de estas acciones, ni siquiera en los Estados de Emergencia y de Sitio (art. 200 C). Tampoco lo hace la Convención Americana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-9/ 87, de 6 de Octubre de 1978). Por lo demás, se desconoce que la afectación al derecho fundamental de la libertad se puede producir por tres causales: 1. Defecto de Imputación: detención policial sin flagrancia delictiva. 2. Exceso en el plazo de detención: haber transcurrido más de 15 días en sede policial. 3- Violación de Garantías: maltratos, incomunicación indebida, restricción del derecho de defensa, irregularidades en los actos de identificación, etc. (Cfr.: GIMENO SENDRA, Vicente. El proceso de "Habeas Corpus". Madrid: 1985, pp. 65-71). Por consiguiente, aún cuando el Fiscal participe en la investigación preliminar y se comunique al juez la detención, es posible que operen cualquiera de dichas causales.

4.18. La investigación del narcotráfico, vinculada a organizaciones criminales, puede ser emprendida, según el Título IV de la Ley, mediante dos procedimientos: "Remesa Controlada" (el art. 11 de la Convención de Viena lo denomina "Entrega Vigilada") y "Agente Encubierto". Estos procedimientos, necesariamente reservados, requieren autorización expresa del Ministerio Público, que además supervisará su desarrollo y dispondrá su culminación en cuanto se haya cumplido con los objetivos propuestos. Cuando estos procedimientos fueran necesarios durante el proceso judicial, la autorización corresponde al juez. Si existe un factor internacional, su utilización está **(p. 254)** condicionada a lo que dispongan los convenios suscritos por el Perú.

Por la "Remesa Controlada", la Policía en forma encubierta efectúa, durante un período de tiempo, la custodia y control de un transporte de drogas verificado o presunto, con el objeto de determinar las circunstancias, destino, implicados directos e indirectos y las conexiones con asociaciones delictivas. Esto significa que la autoridad no está obligada a intervenir inmediatamente instando la intervención de la justicia penal al tener conocimiento de un transporte de drogas, sino

que al amparo de la ley puede demorar su actuación represiva en aras de una más efectiva acción contra el narcotráfico. En tanto exista una autorización y un ulterior control de un órgano jurídico independiente, como es el Ministerio Público en nuestro sistema institucional, no es del caso oponerse a su introducción ni cuestionar su legitimidad.

El procedimiento especial de "Agente Encubierto", permite que un agente policial especializado, ocultando su identidad, se infiltre en una organización de narcotraficantes con el propósito de identificar su estructura, dirigentes e integrantes, recursos, modus operandi y conexiones con asociaciones ilícitas. Es un procedimiento muy utilizado tratándose de organizaciones criminales y la propia jurisprudencia extranjera ha venido aceptándolo. Es de precisar, como ya ha sido establecido por la jurisprudencia norteamericana y española, que se sancionará al provocado si no actuó bajo la presión o ascendiente del agente infiltrado o cuando se tenga la evidencia de que el provocado ya está predeterminado a cometer el hecho punible (Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César Tráfico ilícito de drogas: represión, Poder Judicial y Policía En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Na 46.1992, pp. 176 y 177).

5. REFORMA PROCESAL PENAL Y SISTEMA PENAL

5.1. El panorama que hemos intentado trazar de los encuentros y desencuentros del cambio del sistema procesal penal, obviamente no puede agotarse en el estudio y análisis de las normas procesales. Es cierto que resulta esencial reconocer que toda óptica saludable de reforma del proceso penal parte de afirmar su función cognoscitiva, introducir la vigencia efectiva del principio de igualdad de armas y del conjunto de garantías que disciplinan un enjuiciamiento bajo las reglas de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción efectiva, lo cual implica construir un proceso con profundos rasgos acusatorios. Sin embargo, el enfoque del proceso penal, del sistema de justicia penal dentro del cual se incardina, no puede ser completo si no se tiene presente, en primer lugar, cómo funciona el soporte administrativo que sustenta al aparato judicial, incluido el del Ministerio Público; y, en segundo lugar, cuál es el puesto de la Justicia en el sistema de poder de un Estado.

5.2. La estrategia de cambio debe ser multidisciplinaria. El Prof. Salas Calero, explica lo siguiente: 1. Que la justicia penal está caracterizada en todos los países como una institución en crisis sin capacidad para afrontar la congestión de casos en los despachos judiciales, lo cual resulta en una creciente lentitud de los procesos y en una pobre imagen ante el público. 2. Que las respuestas tradicionales a la crisis judicial (reformas legales y aumento de la plantilla judicial) son insuficientes y erráticas, pues si bien son importantes las reformas legales y quizá sea necesario aumentar el número de jueces, lo esencial para el éxito de dichas medidas, a las que se suma el incremento presupuestario y una adecuada planificación y aumento salarial del personal judicial, es que deben darse -primero- bajo un contexto de racionalización administrativa, lo que se denomina "reformas en la administración de los sistemas judiciales", en el que los cambios respondan a realidades operativas del sistema judicial, y -segundo- con el concurso y cooperación armónica de los otros dos poderes del Estado: se requieren algunas reformas legales, que debe dictarlas el Congreso, y el apoyo financiero y la cooperación técnica del Ejecutivo (El Poder Judicial en la década de los ochenta: aspectos administrativos. En: Poder Judicial. Madrid Número especial X, pp. 100 y 101).

5.3. En el necesario contexto de la independencia judicial, que también incluye al Ministerio Público, aunque con sus propias particularidades derivadas de la intermediación—en (p. 255) el orden externo- de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y -en el orden interno- de los principios de legalidad e imparcialidad (Cfr.: PAZ RUBIO, José María. El Ministerio Fiscal en España En: El Ministerio Público. Santiago. 1994, p. 19), es de tener presente la necesidad de construir una filosofía común de todos los órganos del sistema penal, que deben compartir cierta perspectiva de base y constituir un conjunto coherente.

5.4. Las bases para un eficiente servicio judicial parten, como dato esencial, de la idea de separación entre los órganos de gestión y administración y los órganos jurisdiccionales. Los órganos administrativos están destinados a prestar apoyo a los órganos jurisdiccionales: juzgados y tribunales, pues realizan tareas vinculadas al presupuesto, estadística, personal, logística y sistemas de información y planificación. Los órganos de gobierno, otra dimensión del Poder Judicial, están destinados a conducir la justicia, vincular adecuadamente el Poder Judicial con los demás poderes públicos y la sociedad y, sobre todo, a defender la independencia y autonomía del organismo judicial y de cada juez y magistrado.

El autogobierno judicial demanda sobre todo desligar a los órganos jurisdiccionales de la dependencia del ejecutivo y garantizar el adecuado funcionamiento de la jurisdicción en lo que toca a

la protección de los derechos subjetivos, a la realización y efectividad del ordenamiento jurídico, cuya cúspide es la Constitución, y a la complementación del orden jurídico a través de la jurisprudencia.

En tal virtud, es de tener claramente diferenciadas las tareas del conjunto de órganos del sistema judicial y procurar descentralizar la labor de administración y gobierno institucional, descargando en funcionarios especializados las tareas administrativas y evitando que la Corte Suprema concentre estas funciones, dado que existe suficiente evidencia empírica que tal estado de cosas contribuye a un desmanejo y descontrol administrativo de la justicia, a la par que a una pérdida de reflejos para apreciar las diferencias geográficas donde está asentado cada órgano jurisdiccional y sus necesidades de funcionamiento.

5.5. La función administrativa comienza por el nivel básico de todo organismo judicial: el Juzgado o Tribunal. La superación de la labor artesanal de su funcionamiento institucional y su tecnificación es imprescindible para evitar que el juez se ocupe de las labores que no son las propias de juzgar; la organización de la Oficina Judicial es urgente y la dotación del personal capacitado es necesario para adelantar esta tarea. A partir de allí cabe concentrarse concurrentemente en las áreas administrativas, con el objetivo de potenciar la planificación del desarrollo judicial, cuantificar el valor de los servicios ofrecidos por la administración de justicia, evaluando sus resultados, incidiendo en la celeridad y construyendo mejores sistemas de información, estadística y flujo de casos.

5.6. Pero así como el movimiento reformista no puede quedarse en el tradicional (cambio de leyes, aumento de plantilla judicial e incremento presupuestal) y debe concentrarse en la reforma administrativa del servicio judicial, también es verdad que la integralidad de la problemática judicial reclama tener presente el sistema de poder en el que se asienta el Estado, uno de cuyos componentes es el sistema de justicia. La afirmación del Estado de Derecho y, con él, de sus valores y directivas, resulta indispensable.

La reforma judicial pasa por apuntalar un modelo de Estado que afirme su vocación democrática y por resaltar que una justicia razonable sólo puede tener lugar dentro de una estructura política que reconozca que la independencia judicial, el imperio de la ley y la primacía de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Es evidente para nosotros: 1. Que los jueces tienen una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos. 2. Que la jurisdicción constituye una forma de contra-poder en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuyo correcto ejercicio por jueces independientes, inamovibles, responsables, organizados en una carrera judicial estable y dinámica, es garantía de legitimidad democrática.

De modo que el cambio del proceso penal debe ser visto como una tarea profundamente democrática, pues se condice con la idea republicana de rechazo a la administrativización del (p. 256) procedimiento criminal, el fortalecimiento de la función cognoscitiva del proceso penal y la consiguiente eliminación de formulas de proceso ofensivo -según feliz frase de Luigi Ferrajoli-, hoy muy profusas (Vgr.: Procesos anti-terroristas, antinarcóticos, tributarios y aduaneros), la afirmación del principio acusatorio y, por último, la vigencia de la "igualdad de armas" entre acusado y acusador, incluida en él a las agencias de seguridad.

5.7. En el Perú la reforma de la justicia penal está por hacerse. Varias alteraciones de la estructura judicial se han producido en las últimas décadas y su carácter autoritario ha pervertido todo el clima político. La metodología que se utilizó, siempre fue la misma. 1. Intervención a la justicia, precedida de ataques directos a la jerarquía judicial y a los males endémicos de la justicia. Falta de celeridad, excesiva cantidad de presos sin condena y corrupción generalizada. 2. Despido de jueces y fiscales, sea por la vía del Decreto o por la consagración de procedimientos de rectificación judicial, de la que nuestra historia judicial es muy pródiga. 3- Nombramiento de nuevos magistrados, en su mayor parte vinculados al régimen de turno y, por ende, poco reacios a controlar a los poderes públicos. 4. Aprobación de normas procesales que degradaban las garantías individuales de los imputados, procedimientos sumarísimos, eliminación del juicio oral, fortalecimiento de la Policía, etc.

5.8. Como estas pseudo-reformas no incidieron en la gestión administrativa, en fortalecer la administración de la justicia y en descentralizar su funcionamiento, los grandes problemas lejos de solucionarse se agravaron. Pero, además, como cíclicamente se golpeó a las carreras judicial y fiscal y paralelamente se potenció el accionar de las agencias de seguridad, el poder de control de la jurisdicción sobre el funcionamiento de los poderes públicos y la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas fue anulado: no se ejerció o se hizo tan restrictivamente que resultó intrascendente. La independencia de la justicia y su inconfundible rol de defensa de los fueros de la jurisdicción fueron inmolados en aras de la primacía de la razón de Estado.

5.9. La construcción de una impartición de justicia razonable, en cuanto a tarea pendiente de nuestro sistema político, tiene -como decíamos- que comprometer el esfuerzo colectivo de las personas de buena voluntad. No se puede dejar de lado la institucionalización de un sistema acusatorio, la vigencia de los principios de previsibilidad o certeza del derecho y de proporcionalidad en materia de derecho penal material, ni tampoco el fortalecimiento de la carrera judicial y de las garantías del juez. Igualmente, tiene que emprender la tarea de la modernización administrativa del aparato judicial y la coordinación de las instituciones que integran el sistema judicial.

5.10. Nuestro país está asistiendo a una novísima e interesante reforma judicial, que comprendió, en un primer momento, el ordenamiento administrativo de la justicia; y, en esta etapa, el ensayo de diversos mecanismos de emergencia para enfrentar: 1. El centralismo y falta de eficiencia de los órganos jurisdiccionales. 2. El conjunto de problemas álgidos, vinculados -entre otros- al alto índice de morosidad y de corrupción judicial. 3. La construcción de modelos alternativos de gestión judicial y de organización tribunalicia. La Ley N° 26456, de 20 de noviembre de 1995, declaró en reorganización el Poder Judicial, creando la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, como máximo órgano de gobierno ejecutivo de la institución, y, sobre todo, una Secretaría Ejecutiva, encargada de conducir la política de la institución (ejecuta, coordina y supervisa las actividades administrativas del Poder Judicial), de asumir la titularidad del pliego presupuestal y de ejercer la dirección técnica de la reforma integral de la institución.

La Ley N° 26623, de 19 de Junio de 1996, declaró en reorganización al Ministerio Público. Igualmente creó una Comisión Ejecutiva como máximo órgano de gobierno de carácter colegiado, y una Secretaría Ejecutiva, bajo los mismos lineamientos que la del Poder Judicial. Esta ley comprendió, además del ámbito propiamente administrativo, la reforma integral del Despacho Fiscal, la Carrera Fiscal y el Estatuto Orgánico del Fiscal. Dicha Ley amplió los poderes de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, asumiendo la reforma de la Academia de la Magistratura y del Despacho Judicial, la Carrera Judicial y el Estatuto Orgánico del Magistrado.

(p. 257) Asimismo, en la lógica de unificar -en lo que fuere conducente- el comportamiento de los órganos vinculados al servicio judicial y de cuidar coherencia de las reformas institucionales, la Ley N° 26623 creó el Consejo de Coordinación Judicial, como un órgano inter-institucional encargado de sentar las bases de una política común en materia de servicio de justicia, integrado por diversos organismos (Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Ministerio de Justicia, Policía Nacional, Colegios de Abogados, Facultades de Derecho, etc.).

5.11. Los pasos que han dado estos tres organismos, creados entre noviembre de 1995 y junio de 1996, son profundos en materia de reorganización del sistema administrativo. Además, han tomado iniciativa en materia de reordenamiento del sistema de órganos jurisdiccionales y fiscalías. Si bien se nota una nueva dinámica en el ámbito de la justicia, empero se trata de medidas polémicas, cuya apreciación mas serena tendrá que esperar. La conflictividad del modelo de reorganización administrativa y orgánica de la justicia, es tal que en estos momentos está en curso una acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26623.