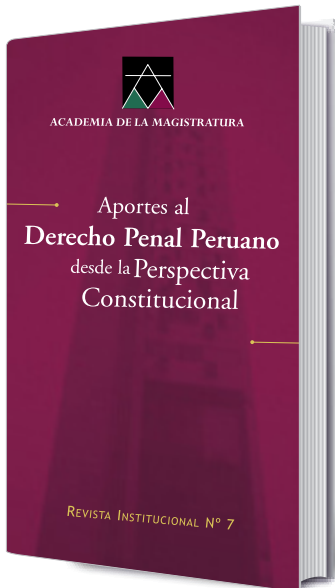


LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, EL PROCESO PENAL Y SUS INCONGRUENCIAS¹

ARTÍCULO

I. Consideraciones generales. II. Sistema procesal y Constitución. III. Las constituciones nacionales y el proceso penal. IV. Las incongruencias constitucionales y procesales que reclaman modificación. V. El problema de la detención preventiva.



I. CONSIDERACIONES GENERALES

Por diversas razones se puede producir disconformidad entre el texto constitucional y la norma procesal penal. Una de ellas y tal vez la más frecuente tiene lugar cuando la reforma constitucional o la aprobación de una nueva carta política ocurre durante la vigencia de un Código Procesal elaborado de conformidad con la Constitución derogada y que se inspiró en criterios predominantes de su época. En este caso, los legisladores se ven en la necesidad de modificar en todo o en parte su legislación

¹ CATACORA, M. (2006). La Constitución Política, el proceso penal y sus incongruencias. En *Aportes al Derecho Penal peruano desde la Perspectiva Constitucional*, Revista Institucional N° 7 de la Academia de la Magistratura. Lima. Págs. 55-68.

procesal, para ajustarla al nuevo sistema. Aquí se produce una adecuación o modernización de la ley de acuerdo a la evolución natural de las relaciones sociales y de sus mecanismos jurídicos que se supone deben ser mejores. Como ejemplo de ello tenemos la reforma que se produjo después de la aprobación de la Constitución de 1979 y que se tradujo en leyes y decretos legislativos que se dieron a partir de 1980. Otro motivo que puede generar la expresada incongruencia, ocurre cuando el Estado promulga normas respondiendo a exigencias coyunturales. En el ámbito de la delincuencia, especialmente cuando aparece la criminalidad organizada, el Congreso, a solicitud del gobierno, aprueba leyes que, soslayando preceptos constitucionales, pretenden enfrentar el problema en el entendido de que es la única opción para frenar al fenómeno criminal. Como ejemplo de ello, tenemos la legislación de la década pasada, en que, bajo el pretexto de no bajar la guardia contra la subversión terrorista, se recurrió a una legislación de coyuntura en que se cometieron excesos cuya factura les toca pagar a los gobiernos de recuperación democrática. En tales casos, no es conveniente que se mantenga el enfrentamiento entre la ley procesal que respondió a exigencias coyunturales y la Constitución que se elaboró bajo supuestos ideales. En esa situación, la revisión de la ley de coyuntura se produce cuando las circunstancias políticas son otras, como es el caso de un cambio de gobierno con mayor vocación democrática.

Finalmente, otra causa para que se produzca la colisión entre la Constitución y la norma procesal, resulta de las imperfecciones de la norma constitucional, como cuando declara principios irrealizables, en que las buenas intenciones del constituyente encuentran una insuperable oposición de la realidad o genera supuestos contradictorios o injustos. En tales situaciones, no se trataría de una adecuación de la norma procesal al texto constitucional sino la adaptación de esta a la realidad social. Es el caso, por ejemplo, del artículo 139.13 de la Constitución, que desconoce la revisión de una sentencia firme, cualquiera que sea, mientras que en la ley procesal se permite, por excepción, una nueva discusión de la sentencia condenatoria, cuando se advierten graves errores que permitieron la condena de un inocente. En ese sentido, el llamado recurso extraordinario de revisión a que se refieren los artículos 362 al 365 del Código de Procedimientos Penales, modificado recientemente por el Decreto Legislativo 959, resulta contrario al precepto constitucional que hemos indicado, el cual deberá corregirse alguna vez.

En todas estas situaciones, se impone la necesidad de reflexionar sobre la razón de cada una de las incompatibilidades a fin de proponer los correctivos necesarios, ya sea en el texto constitucional o en la ley procesal, teniendo en cuenta la doctrina y sobre todo la realidad nacional.

II. SISTEMA PROCESAL Y CONSTITUCIÓN

Nadie pone en duda que la justicia penal o el poder penal que en los tiempos primitivos pertenecía al individuo, se transfiere al grupo, de manera que a la venganza privada reemplaza la acción penal para que el Estado asuma la función sancionadora. Esa transferencia del poder sancionador determina a la postre que el poder penal represente en manos del Estado el medio más poderoso de control social, y que en algún momento termina por servir al grupo de individuos que ostentan el poder para sojuzgar a sus semejantes y supeditarlos a sus intereses, como ocurrió en las monarquías o regímenes autocráticos.

Después, la misma evolución determina la división de poderes y nace la idea del Estado de Derecho, en el cual se afirman tres cosas: las declaraciones, los derechos y las garantías. Las declaraciones que, como dice MAIER (Derecho Procesal Penal Argentino. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, 1989) encierran la presentación política del tipo de organización estatal que se elige; los derechos que representan los atributos esenciales que poseen las personas integrantes de la comunidad nacional; y las garantías que significan las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de esos derechos sea conculcado por el poder estatal. En ese sentido, desde la perspectiva en la que nos colocamos, el Derecho Procesal Penal significaría algo así como el derecho constitucional desarrollado, porque en buena cuenta la ley procesal debería resultar la ley reglamentaria de los principios, derechos y garantías reconocidas por la Ley Suprema. Solo que los principios que los regulan no son eternos, valen en un lugar y en una época determinados y tienen que modificarse de tiempo en tiempo, en la medida de los cambios sociales y de los adelantos de la cultura. Por eso se ha llegado a afirmar, con razón, que la Constitución es un elemento condicionante del proceso penal.

La Constitución Política de un Estado, entendida como el conjunto de normas de mayor jerarquía en el ordenamiento legal, señala los parámetros a los que debe sujetarse

“ El Derecho Procesal Penal significaría algo así como el derecho constitucional desarrollado, porque en buena cuenta la ley procesal debería resultar la ley reglamentaria de los principios, derechos y garantías reconocidas por la Ley Suprema. ”

el proceso penal. Aun cuando no hay rama jurídica que no tenga relación con los preceptos constitucionales, el Derecho Procesal Penal aparece como el que más atención ha merecido del Derecho Constitucional. Por eso, las normas constitucionales se convierten en principios en el Derecho Procesal Penal. Con razón se ha dicho que las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal son relaciones de identidad, puesto que los derechos, garantías o realizaciones que pretenden son las mismas. Cualquier Código Procesal Penal tiene o debe tener su fundamento racional, político y jurídico en el articulado de una Constitución. A simple vista, ambos tienen en el fondo una vocación común. Pero también podemos advertir que muchas novedades de la Constitución nueva ya fueron conocidas y manejadas anteriormente por el Derecho Procesal Penal, como si este derecho estuviera contribuyendo al enriquecimiento de la Constitución. A este fenómeno se le ha venido en llamar la constitucionalización del proceso, que en la opinión de GÓMEZ COLOMER (El Proceso Penal en el Estado de Derecho. Palestra Editores, Lima 1999) no es tan moderno como se supone normalmente.

La Constitución de un país encarna las ideas, intereses y aspiraciones predominantes en una época determinada y dentro de un esquema cultural propio. La tendencia totalitaria o democrática de una Constitución tiene que aceptarse o respetarse en un Código Procesal Penal, de modo que con solo revisar cuidadosamente las normas procesales de un país pueden visualizarse las posibilidades de un futuro régimen de

gobierno. El hecho de que en una Constitución se otorgue mayor o menor importancia a la persona o al Estado, obliga al Código Procesal Penal a presentar disposiciones encargadas de garantizar la libertad de las personas o de imponerles restricciones de acuerdo al sistema adoptado.

En la actualidad, en el Perú y en la mayor parte de los países, las constituciones se elaboran dentro de un clima político influenciado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y pactos internacionales sobre la materia. En las constituciones democráticas, la libertad individual es considerada como un valor im-

portante. En el sistema democrático, toda limitación a la libertad individual o cualquier otra restricción, sólo puede decidirse por mandato judicial y en los casos y modos previstos en la Ley. Con razón se ha dicho que el proceso penal de una nación es el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución o el sismógrafo de la Constitución estatal. Por lo tanto, la ley procesal, que se elabora teniendo en cuenta los mandatos constitucionales, tendrá la duración de aquella, y en caso contrario será modificada o no acatada. Pero la Constitución puede también tener algunas fallas que, de ser importantes para el proceso penal, pueden obligar a cambios en aquella. Mejor dicho, que la Constitución tiene que adecuarse a la ley procesal penal, en cuyo caso el progreso del Código Procesal habría determinado el progreso de la Constitución. A todo esto podríamos denominar como una relación de complementariedad entre ambos derechos. Es decir, no sólo existe una relación de identidad, sino también de integración.

Todos reconocemos que debe haber una relación de identidad entre los propósitos que plantean el esquema constitucional y las distintas leyes subalternas. La idea general es que, siendo la Constitución de mayor nivel jerárquico, debe orientar la producción legislativa general y en particular la referida al proceso penal. Sin embargo, ello no siempre ocurre. No son raros los casos en que se distorsiona la función del Estado, como cuando se convierte en un ente al servicio de quienes llegan a la cúspide del poder, al punto de que las ideas de justicia, libertad, igualdad y los demás valores sociales pierden vigencia, generando situaciones de crisis. En ese estado de cosas, la crisis de la justicia penal no depende de los gobernados sino de quienes tienen a su cargo la conducción del Estado, y peor aún, cuando los legisladores no piensan en el pueblo a quien representan, sino al partido político o al grupo con el que tienen un compromiso. En tales circunstancias surgen ideas que cuestionan seriamente a la justicia penal, lo que no ocurre con las otras ramas de la función pública.

En un orden normativo cabal, debe existir una coincidencia conceptual sobre lo justo e injusto, entre el que sanciona la ley y el pueblo que debe respetarla, y esto se manifiesta cuando son muchos los que la acatan y pocos los que la desobedecen. Si ocurre lo contrario, hay motivos para sospechar que el legislador se equivocó o no escuchó la voz de las mayorías, en cuyo caso deberá procederse a una cuidadosa revisión del texto para mejorarlo. Entretanto, existirán motivos para suponer que hubo una distorsión del orden normativo y que la marginalidad no es de quien viola la ley, sino de quien la redactó.

“ Con razón se ha dicho que el proceso penal de una nación es el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución o el sismógrafo de la Constitución estatal. ”

Los desencuentros entre los lineamientos ideológicos de la Constitución y la realidad son frecuentes. Para no ir muy lejos, tenemos, por ejemplo, el pronunciamiento contenido en el artículo 139.22 de la Constitución en el sentido de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, que no se compadece con lo que significa la pena privativa de la libertad. Pues, no tiene sentido mantener recluida a una persona, cuando después de una detención más o menos prolongada ya es distinta a la que fue condenada. Si la idea de la prevención y la resocialización otorgan a la pena una función terapéutica o de tratamiento, mientras que la criminología ofrece interesantes aportes sobre el origen del comportamiento criminal, sigue utilizándose la carcelería como la medida más eficaz, no obstante el convencimiento de su inoperancia. Por eso, lo único que se podrá esperar de la cárcel es que la permanencia en ella sea lo menos represiva posible y lo más educativa posible. Pero de otro lado, tampoco sería socialmente justo brindar al que delinquiró condiciones de vida superiores a las de un hombre honrado que, por los golpes del destino, no tiene dónde dormir ni qué comer y vive de la caridad. La situación en este campo de reflexiones ha llegado al extremo de afirmarse que, con lo que se gasta para la seguridad y cuidados de un reo, sería suficiente para otorgarle una beca de estudios, lo que tampoco sería aceptable.

La verdad es que la sociedad no ha alcanzado la madurez suficiente para formular una receta que haga posible ese ideal, sin mencionar las diversas críticas de los juristas con relación a ese principio. En consecuencia, no debe extrañarnos que, no obstante la afirmación de que la pena no es una medida retributiva ni vengativa, el Estado peruano cuando advierte que la penalidad establecida para un delito no frena la delincuencia, aumenta la penalidad, dando a entender que, como los delincuentes no han tenido temor a la pena establecida, es necesario aumentarla para infundir más miedo. Todo ello obliga a replantear el mandato constitucional para que no resulte una afirmación irreal o una ficción.

III. LAS CONSTITUCIONES NACIONALES Y EL PROCESO PENAL

En la historia del Proceso Penal Peruano, haciendo una somera revisión sobre el tema, notamos lo siguiente:

La Constitución de 1860 no tuvo influencia en la redacción ni revisión del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863, porque ambos cuerpos legales se discutieron en tiempos y circunstancias diferentes. No obstante ello, dicha carta con-

signó en su texto algunas garantías como el de la necesidad de mandato escrito de juez competente, o de las autoridades encargadas de conservar el orden público para la detención de una persona excepto en “*infraganti*” delito; el de la inviolabilidad de la correspondencia (art. 229) declarando que no producen efecto legal los documentos sustraídos; la inviolabilidad del domicilio (art. 31); el de la igualdad ante la ley (art. 329); la publicidad de los procesos y la motivación de las sentencias (art. 127). Por eso, cuando se promulgó el Código de Enjuiciamientos mencionado, no se legisló de manera expresa sobre esos principios, con excepción de la motivación de los fallos mencionados en el artículo 108. Aparentemente, la razón de ello fue que el Código de Enjuiciamientos se fue gestando desde antes de que se aprobara la Constitución.

“ Lo único que se podrá esperar de la cárcel es que la permanencia en ella sea lo menos represiva posible y lo más educativa posible. ”

No obstante lo expuesto, el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal trajo algunos principios nuevos como el del uso del propio idioma, el de la instancia plural, el de la cosa juzgada. O sea que estos últimos principios del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863, recién se incorporaron en las constituciones posteriores, lo que nos llevaría a la conclusión de que no fue la Constitución del 60 la que orientó en materia de principios a la legislación procesal penal sino al revés, es decir, el Derecho Constitucional progresó en la medida que captó lo que ya se conocía desde antes en el proceso penal. Como sabemos, este Código ha sido considerado dentro del Sistema Procesal Inquisitivo reformado.

Después tenemos el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, que se aprobó y promulgó durante la vigencia de la Constitución de 1867, que en buena cuenta contenía los mismos principios de la anterior. En este Código la novedad más importante resulta la de la publicidad de los juicios, que se consagró en el artículo 183, y el derecho de defensa en las diversas instancias del proceso. No estará de más recordar que la Constitución de 1920 se promulgó el 18 de enero de ese año, esto es, 16 días después de la promulgación del Código de Procedimientos, en cuyo caso, no podrá afirmarse que alguno de los textos influyó en la redacción del otro. Debe tenerse presente, además, que dicho Código significó

la adopción del sistema mixto, en reemplazo del inquisitivo que caracterizó al Código de Enjuiciamientos de 1963.

El siguiente Código, esto es, el Código de Procedimientos Penales promulgado en 1939 y que rige parcialmente desde 1940, debió ser influenciado por la Constitución de 1933, que en materia procesal penal consignó algunos principios nuevos como el de la indemnización a las víctimas de los errores judiciales en materia criminal.

Más tarde, la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha de producir un cambio muy importante en materia de Derecho Procesal, tanto doctrinariamente como en materia legislativa, particularmente los convenios celebrados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José (1969).

El texto constitucional más importante, y que trajo principios que aparentemente se desconocieron en las constituciones anteriores, indudablemente es la Constitución de 1979, porque en ella adquieren carta de ciudadanía, muchos de los que quedaron consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En ella no solo se agregaron nuevos principios, sino que se amplía o aclara el contenido de los existentes en las constituciones anteriores. Unos figuran como derechos funda-

“ El principio que más reformas provocó en el Código de Procedimientos Penales fue el de la consideración de inocencia o presunción de inocencia. ”

mentales de la persona, como el derecho de petición, la presunción de inocencia, la ineficacia de las declaraciones obtenidas por la violencia, la no obligación de prestar juramento o reconocer culpabilidad en causa propia; y otros como garantías de la administración de justicia, entre los cuales figuran el de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, el de la independencia, el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, el de favorabilidad del reo en caso de duda, la no condena en ausencia, la indemnización por las detenciones arbitrarias, la prohibición de los tratos humillantes y el control difuso.

Como se llegó a un Estado en que se ponía de manifiesto una desarticulación total entre lo que señalaba el Código de Procedimientos Penales y la Constitución de 1979, el Estado se vio obligado a producir una nutrida legislación complementaria de dicho Código, derogando total o parcialmente algunos artículos originales y modificando ciertos contenidos, para superar esa antinomia existente entre ambos cuerpos legislativos, es decir, entre los Decretos Leyes del gobierno de facto inaugurado por el general Velasco Alvarado y la Constitución de 1979. Lo que no debe olvidarse de dicha Constitución es que los tratados internacionales sobre derechos humanos pasaban a ser parte importante de la legislación nacional y ocupando un alto nivel jerárquico.

Se puede decir que es con motivo de la inauguración de la nueva carta política que por primera vez se daba el caso de que un texto constitucional orientaba la reforma de la legislación procesal penal. El principio que más reformas provocó en el Código de Procedimientos Penales fue el de la consideración de inocencia o presunción de inocencia, según otros, mencionado en el literal f del artículo 20 de dicha Constitución, en cuanto proclamaba que toda persona es considerada inocente mientras no se haya demostrado judicialmente su responsabilidad, que colisionaba con los artículos 79 y 84 del Código, que facultaban a los jueces a dictar mandato de detención por presunción de culpabilidad del inculcado. Por eso, ambos artículos del Código sufrieron diversas modificaciones, entre las que se puede destacar la Ley 23612 en que desaparece la presunción de culpa, hasta que entraron finalmente en vigencia los artículos 135 y siguientes del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 638).

Como la producción legislativa a veces planteaba cuestiones contradictorias con la versión original del Código, se creyó pertinente la redacción de uno nuevo, siguiendo la corriente generalizada en los demás países. Se crearon comisiones con el ánimo de perfeccionar un nuevo Código Procesal Penal, se promulgó el Decreto Legislativo 638 que entró en aplicación parcial, se le dejó en suspenso, se formularon nuevos proyectos que se observaron por el Presidente de la República hasta que finalmente se promulga el nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), que entrará en vigencia progresiva a partir de julio del 2006. Dada la situación fiscal por la que atraviesa el país y los notables cambios que va a generar su aplicación, la vigencia en todo el territorio nacional va a requerir de muchos años, si no corre la misma suerte que el Decreto Legislativo 638.

Vale la pena señalar que muchos de los principios que ahora se conocen y estudian con nombre propio en los derechos Constitucional y Procesal Penal, ya se cumplían y aplicaban en la práctica judicial como condiciones inherentes a la administración de justicia. Tal ocurre, por ejemplo, con el principio de la proporcionalidad. Todos sabemos desde hace tiempo que una decisión judicial para ser justa debe estar justificada objetivamente tanto en la aplicación de la medida a imponerse como con el fin perseguido. Actualmente el Código de Procedimientos Penales no los menciona y la Constitución del 93 tampoco, pero eso no quiere decir que los jueces como cuestión implícita no se ajustaron a él en sus decisiones. Posiblemente en una modificación de cualquiera de las leyes que nos ocupa, se ha de considerar como principio importante, pero no por eso vamos a decir que no existió. Igual cosa ha ocurrido con otros principios como el contradictorio, el del juez legal, el de intermediación, etc.

Insistiendo en la afirmación de que la relación entre el derecho constitucional y el proceso penal es una relación de complementariedad y reconociendo que la Constitución al regular los derechos fundamentales de la persona, delimita las posibilidades de los órganos estatales encargados de la investigación y del juicio en materia penal, en cuanto al tratamiento que debe darse al justiciable; también tiene que admitirse, en algún momento, la necesidad de constitucionalizar prácticas y soluciones que se consideren viables en el proceso penal. Pues, en algunos casos, la práctica procesal al responder a exigencias sociales concretas, adopta mecanismos que se consideran convenientes y

oportunos en la administración de justicia que no podrán ignorarse en una reforma constitucional.

“ Pero no se trata sólo de buscar la verdad a cualquier precio, sino dentro de ciertos límites que son difíciles de precisar. ”

Sin embargo, ocurren casos en que la ley procesal penal se aparta del mandato constitucional y crea situaciones en las que se enfrentan: de un lado la protección y seguridad que el Estado debe ofrecer a todos los ciudadanos por el hecho de ser personas; frente a acciones y decisiones que la autoridad en su afán de garantizar la seguridad pública y la potestad punitiva, las vulneran. Eso se debe a que muchos actos de investigación afectan derechos fundamentales de la persona para no sacrificar la seguridad pú-

blica. Por ejemplo, la incursión domiciliaria que colisiona con la inviolabilidad del domicilio, no siempre puede cumplirse como quiere la Constitución, puesto que la búsqueda inmediata, adquisición de información y los vestigios del delito sólo se pueden lograr al margen de ella. En ciertas circunstancias el Estado se ve en la necesidad de establecer reglas, descuidando valores de menor rango para no sacrificar otros más importantes. Pero no se trata sólo de buscar la verdad a cualquier precio, sino dentro de ciertos límites que son difíciles de precisar. Frente al crimen organizado, la gravedad de algunas infracciones y el peligro general que representan, se tiene que dictar disposiciones para que la investigación del delito sea eficaz y no pongan en peligro la potestad punitiva del Estado.

IV. LAS INCONGRUENCIAS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES QUE RECLAMAN MODIFICACIÓN

En primer lugar, tenemos una de carácter sistemático o sea que afecta al sistema, a la estructura misma del proceso, que es el caso de la instrucción como etapa procesal mientras subsista como tal.

La Constitución de 1993 en el artículo 159.4 en buena cuenta significa la adopción del sistema acusatorio moderno como el conveniente para nuestro país. Desde el momento en que declara que el Ministerio Público es el conductor de la investigación del delito desde sus inicios, se desprenden las siguientes consecuencias:

1. Que cualquier otra autoridad o funcionario, incluyendo a la policía, no podrá realizar investigaciones por su cuenta. Si esto es así, los jueces quedarían relevados de esta función, lo que necesariamente supone la desaparición de la instrucción como etapa procesal, para ser sustituida por la investigación conducida por el Fiscal. Por lo tanto, todas las instrucciones penales están tramitándose al margen del texto Constitucional. Esto es obvio porque el mismo artículo 159 en el inciso 5 señala que es atribución del Ministerio Público ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. Existe, pues, una clara congruencia entre los incisos 4 y 5 del artículo 159, puesto que la lógica nos dice que sólo el que investiga un hecho delictuoso estará en condiciones de precisar si existen o no elementos probatorios suficientes que ameritan un proceso penal con posibilidades de juicio. Eso quiere decir que la investigación judicial a cargo del juez penal no tiene razón de existir y que se hace necesario derogar todas las disposiciones que le dan vida.

En otros casos, no se ha tomado en serio la “conducción de la investigación del delito desde sus inicios” que señala dicho artículo 159, porque para determinados delitos se autoriza a la entidad agraviada la investigación y se condiciona el ejercicio de la acción penal que le corresponde al Ministerio Público, a la decisión de la autoridad administrativa. Es el caso de los delitos tributarios (Decreto Legislativo 813), que en sus artículos 7° al 9°, precisa que la entidad agraviada en el delito tributario es el órgano administrador del tributo, al cual se le autoriza a realizar la correspondiente investigación administrativa de manera que el Ministerio Público sólo puede ejercitar la acción penal a petición de la parte agraviada. Es más, dispone que si la autoridad policial, el Ministerio Público y el Poder Judicial presumen la comisión de delito tributario, deben informar al órgano administrador, remitiéndole los antecedentes del caso. A su vez, la Ley 27038 que modifica el Decreto Legislativo 816 (Delitos Tributarios) establece reglas parecidas.

A similares reflexiones nos lleva la Ley 26631 respecto a los delitos contra la ecología, en cuanto dispone que en esas infracciones la formalización de la denuncia requerirá opinión, por escrito, de las entidades sectoriales correspondientes sobre si se ha infringido la legislación ambiental. Obviamente, el informe aludido deberá emitirse previa investigación administrativa. Como es fácil advertir, en este caso como en el anterior, queda desairado el mandato constitucional. Podrán existir, como que en efecto existen, fundados motivos para que el legislador

“**En todo proceso penal hay dos funciones bien definidas. La primera a cargo del Ministerio Público (investigación y ejercicio de la acción penal), y la segunda, la potestad de administrar justicia a cargo del Poder Judicial.**”

haya hecho esas precisiones, pero entonces habrá que hacer en el texto constitucional las aclaraciones necesarias o determinar las excepciones que sean pertinentes. Efectivamente, dada la naturaleza de algunas infracciones, se hace recomendable un examen o estudio previo por parte de un equipo especializado, para que el Ministerio Público tome conocimiento suficiente de los hechos y decidir lo que le parezca pertinente.

En consecuencia, o reconocemos que las disposiciones constitucionales están fuera de la realidad, en cuyo caso se impone una revisión del texto constitucional; o reclamamos una reforma procesal para que se hagan los correctivos necesarios, a fin de que la

Constitución prevalezca. Sin embargo, no obstante las incompatibilidades descritas, se siguen presentando y aprobando leyes de coyuntura, en que se autoriza a entidades no facultadas por la Constitución para la investigación de infracciones punibles. Inclusive, hay leyes que encargan a la policía a proceder por sí y ante sí para investigar ciertas infracciones, como la Ley 27238 Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, en cuyo artículo 7° se le faculta a investigar y denunciar los delitos y las faltas previstas en el Código Penal y leyes especiales, así como la Ley 27934 que regula la intervención de la policía en la investigación preliminar del delito, por impedimento momentáneo del fiscal.

2°. Que en todo proceso penal hay dos funciones bien definidas. La primera a cargo del Ministerio Público (investigación y ejercicio de la acción penal), y la segunda, la potestad de administrar justicia a cargo del Poder Judicial. En otras palabras, que el proceso penal está a cargo de dos órganos del Estado, uno requirente que después de investigar formula acusación, y otro decisorio, que luego de juzgar pronuncia un fallo. Al menos, eso es lo que entendemos. De otro lado, queda eliminada la apertura de instrucción de oficio, así como el ejercicio de la acción penal privada directa ante el juez. De acuerdo a la Constitución, el directo agraviado sólo podrá dirigirse al Ministerio Público para denunciar un hecho determinado, aun cuando se trate de delito privado según el Código Penal. Pensamos que si en la Constitución no se hacen distingos entre acciones privadas y públicas, para los efectos del ejercicio de la acción penal, la ley subalterna no puede hacerla; tanto más si se tiene en cuenta que dispone que ese ejercicio puede hacerlo de oficio o a pedido de parte. Si esto es así, habrá que suponer que la expresión “a pedido de parte” de la carta política, está referida a los delitos de acción privada.

3°. Que si por alguna razón la ley otorga la facultad investigadora a otra entidad o persona, tendrá que recibir instrucciones del Ministerio Público como conductor que es de la investigación. En buena cuenta, la instrucción como tal cumplió una misión histórica que ahora ya no tiene sentido. La evolución social y los progresos de la ciencia han determinado ese cambio.

A estas alturas podemos formularnos las siguientes preguntas: ¿A qué se debe esta incongruencia?, ¿qué es lo que ocurrió con el texto constitucional?, ¿por qué subsiste la investigación del juez si ella es potestad del Ministerio Público?

La respuesta es simple: porque la ley procesal determinó, en este caso, la redacción del texto constitucional. En efecto, Recordemos que antes de que se convocara el Congreso Constituyente que preparó la Constitución de 1993, se promulgó el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 638); y, en este Código, se establecía que la investigación del delito corría a cargo del Ministerio Público, en tanto que el juzgamiento se encomendaba al órgano jurisdiccional. Por diversos motivos, la plena vigencia del Código no se produjo, pero como estaba promulgado tenía que considerarse inminente su vigencia. Por lo tanto, los constituyentes no tenían otro camino para andar de acuerdo a los avances de la época, de reafirmar las bases del flamante Código Procesal. El hecho de que no se cumpliera a cabalidad la propuesta del Código Procesal no fue sospechado por los constituyentes. Como el Código Procesal no entra en vigencia plena, se sigue utilizando la instrucción hasta que ese acontecimiento se produzca.

Otro conjunto normativo que reclama su constitucionalización es el llamado proceso sumario. Pero la historia de este proceso especial es interesante y constituye una prueba más de cómo una ley procesal puede influir tanto en la modificación de una Constitución. Veamos:

Cuando el General Velasco promulgó el Decreto Ley 17110 que dio nacimiento al proceso sumario no había Constitución, la reforma que introdujo, como era la de otorgar facultad a los jueces penales para que pronuncien sentencia sin necesidad del juicio oral, no era problema. Pero cuando se retorna a la constitucionalidad con la Carta política de 1979 y surge la necesidad de ampliar y mejorar el radio de acción del proceso sumario, se advierte que se enfrentaba a lo dispuesto en el artículo 159 constitucional que disponía como garantía de la administración de justicia la publicidad de los juicios, señalando los casos de excepción.

La discusión que se produjo en el seno de la comisión que se encargó de preparar el proyecto de lo que más tarde se convirtió en el Decreto Legislativo 124, terminó con un pronunciamiento por mayoría en el sentido de que la publicidad del juicio quedaba satisfecha con la lectura de la sentencia condenatoria en audiencia oral y pública. Pero, obviamente esta era una solución engañosa puesto que el proceso sumario seguía siendo inconstitucional, pero a nadie se le ocurrió cuestionarlo porque aun así tenía sus ventajas desde el punto de vista de la celeridad procesal. No olvidemos que el proceso sumario, con todas sus imperfecciones, descargó notablemente

la congestión de procesos en las salas penales de las cortes superiores, aun cuando a costa de que esa carga se trasladara a los juzgados penales o de instrucción.

Ahora bien, cuando se elabora la Constitución del 93, se confronta el mismo problema y termina en un pronunciamiento salvador: el texto del artículo 139.4 cuando reconoce que es garantía de la administración de justicia, la publicidad de los procesos “salvo disposición contraria de la ley”. Como el decreto legislativo 124 es una disposición contraria, está dentro del marco constitucional. Nos asalta la pregunta: ¿era conveniente sacrificar una garantía constitucional para otorgar supervivencia a una ley procesal penal? Esto ya es tema de otra discusión. Lo que debemos señalar aquí es que tenemos otro caso en que una ley procesal determina una redacción constitucional, si se tiene en cuenta que si no se ponía ese agregado, todos los procesos sumarios habrían sido anulados con las consecuencias graves que se puede imaginar.

A propósito del artículo 139.4 observamos que su segundo párrafo tampoco se respeta, en cuanto se refiere a los delitos cometidos por medio de la prensa, puesto que conforme a lo dispuesto en la Ley 26833 que actualiza la vigencia de la Ley 22633 que modificó el artículo 314 del Código de Procedimientos Penales, los delitos contra el honor perpetrados por medio de la prensa no se juzgan en público, sino de acuerdo a un trámite especial que es reservado. Sin embargo, en el segundo párrafo del numeral 4 del artículo 139 constitucional, se insiste en que dichos delitos de prensa, conjuntamente con los de responsabilidad de funcionarios públicos y los derechos fundamentales de la Constitución, siempre deben ser públicos sin que sea posible su aplicación, por su naturaleza y los bienes jurídicos protegidos. Pues, si se mantiene dicho precepto, se daría el caso de que un delito de homicidio simple que se tramita como proceso sumario tendría menos importancia que una publicación difamatoria por medio de la prensa, la que necesariamente tendría que tramitarse como ordinario. Por lo tanto, creemos que en dicho artículo de la Constitución deberán excluirse del proceso público obligatorio los delitos cometidos por medio de la prensa y los que

“ No olvidemos que el proceso sumario, con todas sus imperfecciones, descargó notablemente la congestión de procesos en las salas penales de las cortes superiores. ”

se refieren a los derechos fundamentales de la persona que, por su generalidad y amplitud, reclaman precisiones, especialmente en cuanto al trámite que debe cumplirse en su juzgamiento. Pues, en las condiciones actuales, todos estos casos tendrían que atenderse en la vía ordinaria, agravando la congestión de procesos de las salas penales superiores.

V. EL PROBLEMA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Aparte de los supuestos que hemos mencionado, nuestra legislación procesal no se ha ocupado de manera expresa de una garantía importante como es la del carácter excepcional de la detención preventiva y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad, contenidos en el numeral 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el número 5 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José. Pues, nuestra ley solo se ha referido al derecho del detenido a ser puesto a disposición de juez competente, la motivación de la medida y su carácter temporal, sin mencionarse el plazo razonable en que debe ser juzgado.

En las actuaciones judiciales, se observa con mucha frecuencia la presencia de resoluciones que pueden ser tildadas de arbitrarias a la luz de los tratados sobre derechos humanos respecto a la detención preventiva de los procesados, porque ni en la Constitución ni en las leyes se ha tratado debidamente. Nos referimos en primer término a la excepcionalidad de la detención, que es un derivado del principio de inocencia y que

“ La excepcionalidad de la detención, que es un derivado del principio de inocencia y que sugiere que el encarcelamiento preventivo debe ser excepcional, que se autoriza en los casos en que está en peligro la finalidad del proceso. ”

sugiere que el encarcelamiento preventivo debe ser excepcional, que se autoriza en los casos en que está en peligro la finalidad del proceso. El numeral 3 del artículo 9 del Pacto Internacional dispone que “la detención preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio y en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”

Como este enunciado no aparece consignado en nuestras leyes, es necesaria que se actualice, para

evitar las detenciones prolongadas sin sentencia y se proceda a la derogación de las normas procesales que las facultan, como el artículo 137 del Código Procesal Penal modificado por las leyes 27553 y 28105.

En efecto, no se explica cómo se puede mantener presa a una persona muchos meses después de que se ha vencido el plazo de instrucción. Pues, si conforme a las normas consignadas en el Decreto Legislativo 124 y el artículo 202 del Código de Procedimientos Penales, el plazo máximo de la instrucción es de 60 días para el proceso sumario y 4 meses para el ordinario, prorrogables en 30 y 60 días, respectivamente, y que tratándose de casos complejos puede extenderse a 8 meses más, no existe razón para que el enclaustramiento sin sentencia se prolongue tanto tiempo. Si conforme a la ley, el juez debe proceder a dar por concluida la instrucción una vez que se han cumplido los términos de la investigación judicial para que se produzca, ya sea el sobreseimiento o la acusación fiscal, no tiene sentido el de extender la privación de la libertad a tiempo que duplica al de la instrucción. La manera como se trata este tema, hace suponer que los trámites que continúan a la finalización de la investigación judicial pueden durar mucho más que la instrucción. Esto es inaceptable, puesto que a lo mucho se puede admitir que la prolongación de la carcelería sea por el tiempo estrictamente necesario para que el Ministerio Público emita su pronunciamiento acusatorio y el que debe transcurrir para la iniciación del juicio.

Sin embargo, como es público y notorio, se han dado casos en que ni siquiera esos plazos de detención máxima se han respetado y el tribunal Constitucional ha tenido que intervenir para ordenar la libertad por exceso de detención, haciendo valer los acuerdos sobre derechos humanos. Si la detención a que se refiere el artículo 135 del Código Procesal Penal es una medida coercitiva que puede ordenarse cuando resulta absolutamente indispensable y por un tiempo estrictamente necesario, no puede prolongarse indefinidamente, si se tiene en cuenta que para decretarla se supone que existen elementos probatorios que permiten asegurar que el juicio está próximo. Por lo tanto, si con estos presupuestos no se ha producido la condena, habrá que deducir que el mandato de detención no estaba respaldado con pruebas suficientes, en cuyo caso debería producirse la excarcelación, puesto que, si los órganos respectivos no han podido demostrar la culpabilidad del autor en el plazo que tenían para hacerlo, la persona no tiene por qué sufrir las consecuencias de esa ineficiencia. Este problema podría superarse por los jueces acudiendo al instituto de la revocatoria previsto en el propio artículo 135, pero que lamen-

tablemente exige que se actúen nuevas pruebas que pongan en cuestión los fundamentos del auto respectivo.

Ahora que estamos mencionando el artículo 135 del código Procesal Penal, debemos señalar la necesidad de suprimir el segundo párrafo que otorga privilegios a los directivos, gerentes y otros de las empresas privadas, porque es contrario al principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 2.2 de la Constitución y que puede resultar una especie de protección a la llamada delincuencia de cuello blanco.

Todo ello exige una modificación de las normas procesales mencionadas, para dar vigencia a los acuerdos internacionales sobre derechos humanos.

Pero el trato indebido que se da a los procesados no siempre tiene su origen en las deficiencias de la ley, sino en la poca atención, por parte de los jueces, de la doctrina que inspiró la redacción de los documentos internacionales sobre derechos humanos, especialmente cuando se trata de decidir la detención preventiva.

Como se sabe, la privación de la libertad de los sometidos a una investigación criminal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135 del Código Procesal Penal, solo puede disponerse: a) Cuando existen suficientes elementos probatorios de un delito que vincule al denunciado como autor o partícipe del mismo; b) Cuando la pena a imponerse sea mayor a cuatro años; y, c) Cuando existen elementos probatorios de que el inculcado intenta eludir la acción de la justicia y perturbar la actividad procesal. Estos presupuestos necesariamente deben concurrir, de manera que si no se dan tales circunstancias la detención no queda justificada de ningún modo. Otra cuestión que no se toma en cuenta es que se trata de una opción que el juez puede o no acordar y que no es una obligación que debe cumplir, cuando en los actuados policiales que acompañan a la denuncia, resulta que el sospechoso ha sido puesto a disposición del fiscal en calidad de detenido. Sin embargo, muchas judicaturas creen que deben dictar la privación de la libertad, cuando la policía ha adoptado esa posición. En ese sentido, hay razón para que los abogados se quejen manifestando que quien decide la suerte de los denunciados es la autoridad policial.

Parece que algunos magistrados no se dan cuenta de que lo que pretende la ley es que la imputación esté respaldada por elementos que convencen de la participación,

que no hay la posibilidad de una absolución y que, de ordenarse la libertad o la comparecencia, se pone en peligro la realización del juicio y del cumplimiento de la sentencia. Por eso, el juez deberá explicar cuáles son los elementos probatorios que le permiten afirmar la vinculación del imputado con el delito y las características de esa vinculación. Tratándose del peligro procesal tendrá que señalar las pruebas que revelan la intención de fuga. Un mandato de detención que no tenga estas precisiones podrá ser cuestionado por no estar debidamente fundamentado.

Lo expuesto significa, asimismo, que los fundamentos del auto de apertura de instrucción no pueden ser utilizados para sustentar el mandato de detención, si se tiene en cuenta que los fundamentos de la apertura, conforme al artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, deberán referirse a que tales hechos constituyen tal o cual delito específico, la razón por la cual el delito no ha prescrito, la inexistencia de requisito de procedibilidad pendiente y la identidad del supuesto autor; en tanto que para la detención preventiva son otros.

Este aspecto es importante, porque permitirá diferenciar la equivocada apreciación de alguno de los elementos probatorios, cuando se ordenó la detención. No se trata, pues, de darle ventajas al imputado, sino simplemente de que las resoluciones deben ser transparentes para que el abogado del detenido pueda ejercitar válidamente su oficio, y rebatir, ajustándose a la verdad y a la razón, la eventual ilegalidad del mandato de detención.

Sobre este tema, vale la pena recordar el principio de proporcionalidad, que el Tribunal Constitucional ha considerado pertinente aplicar al resolver el expediente N° 1260-2002-HC/TC de fecha 9 de julio del 2002, expresando lo siguiente: “la proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales, se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio”. A propósito, veamos lo que escriben Mauricio Duce y Cristian Riego⁸⁴, comentaristas

“ No se trata, pues, de darle ventajas al imputado, sino simplemente de que las resoluciones deben ser transparentes para que el abogado del detenido pueda ejercitar válidamente su oficio. ”

del nuevo Código Procesal Penal de Chile, en cuanto sostienen que el principio de proporcionalidad significa que las medidas cautelares no pueden trascender los fines a los que están orientadas. Afirman que: “si se trata de medios para permitir la discusión y decisión sobre la procedencia de una pena, no pueden de ningún modo anticipar su aplicación, ni menos superar el monto de la pena que se discute, porque esto significaría poner los medios por sobre los fines y hacer irrelevante el proceso mismo, dado que su eventual consecuencia habría sido resuelta de facto por anticipado”.

Con relación al peligro procesal, en la resolución que hemos mencionado, destaca además que este peligro debe ser evaluado en conexión con otros elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, pueden presentarse, como los valores morales del procesado, su ocupación, patrimonio, vínculos familiares y otros que le van a impedir ocultarse o sustraerse a una sentencia prolongada. La inexistencia de un indicio razonable respecto a la perturbación probatoria, termina por convertir a la detención preventiva en arbitraria por no estar justificada. Sin embargo, hemos visto mandatos de detención en que el juez dice que, al no haber acreditado el denunciado que tiene un trabajo y domicilio conocido, es de suponer que utilizará la libertad para darse a la fuga. Lo curioso de esa afirmación judicial es que en ninguna parte del atestado policial aparecía que el sujeto no tenía trabajo ni domicilio conocido, porque al prestar su manifestación, el sindicado decía domiciliar en una casa del distrito

“ La presunción o consideración de inocencia se sustenta en el supuesto de que la actividad jurisdiccional se desarrolla para obtener la prueba suficiente de que el inculpado ha cometido el delito.”

de El Agustino y que trabaja como cargador en el mercado de frutas. Lo que saltaba a simple vista era que, por el hecho de ser pobre, vivir en una zona desprestigiada y estar sindicado por un robo agravado, ya el juez dedujo el peligro procesal. A esta forma de apreciar la calidad de la gente, se ha venido en llamar la “criminalización de la pobreza”, según la cual, se ha llegado a extender en la mente de los jueces la idea que el ser pobre lo hace uno altamente sospechoso.

Por lo tanto, se hace necesario humanizar la visión de los magistrados insistiendo en la vigencia de los derechos humanos como una condición necesaria para la justicia en democracia.

Pero el cuestionamiento de la detención preventiva no sólo puede originarse por la forma inadecuada en que se aplican las normas que la regulan, sino en otras circunstancias, como lo es su implicancia con el principio constitucional de la consideración de inocencia o presunción de inocencia de otros documentos. Este principio, consagrado en el literal e) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, que tiene su fuente en el artículo 11.1 de la Declaración Universal, el artículo 8.2 de la Convención Americana y el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en buena cuenta puede considerarse como un serio obstáculo a la utilización abierta de la detención preventiva. Pues, esa presunción o consideración de inocencia se sustenta en el supuesto de que la actividad jurisdiccional se desarrolla para obtener la prueba suficiente de que el inculpado ha cometido el delito, de manera que, hasta que esa prueba no se produzca, el delito no puede darse por cometido; y, por lo tanto, nadie puede ser encerrado en una prisión antes de la declaración de responsabilidad. Una breve relación histórica refuerza esta suposición.

Se sabe que en el derecho romano ya se conoció la presunción de inocencia conjuntamente con el “*in dubio pro reo*”, quedando desautorizada la detención preventiva. Posteriormente, en la edad media, con el advenimiento del proceso inquisitivo, la privación de la libertad antes del juicio se convirtió en el presupuesto necesario de la instrucción, basado en la disponibilidad del acusado para obtener la confesión. Luego, en el siglo XVIII aparece la figura de Beccaria (De los delitos y de las penas. Traducción de Francisco Tomas y Valiente. Aguilar S.A. Ediciones 1980, págs. 128- 129), quien se expresó en contra de la detención preventiva en los siguientes términos: “Cuando más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y más útil. Digo más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el rigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia, salvo cuando la necesidad lo exija. La cárcel es, pues, la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable; y siendo esta custodia esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y ser lo menos dura posible”.

Este planteamiento que fue compartido por los enciclopedistas, halló su mayor expresión en la Revolución Francesa, que reivindicó la presunción de inocencia, en el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, para mantenerse hasta la fecha en la doctrina penal y en todos los documentos sobre derechos humanos.

Esta implicancia entre la presunción de inocencia y la detención preventiva es otra razón que obliga a los jueces a tener cuidado al decretarla, considerando siempre su carácter excepcional y a condición de que existan motivos suficientes; porque tampoco podemos cerrar los ojos a la realidad, cuando ella reclama un aseguramiento inmediato del autor, para no favorecer la impunidad, aunque para ello tenga que utilizarse la expresión “medida cautelar”. A propósito, veamos lo que escribe Ferrajoli (Derecho y razón. Editorial Trota, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid 1989): “La debilidad de esta posición de compromiso, que ha sido incapaz de contener el desarrollo patológico de la privación de la libertad sin juicio, radica en su incoherencia con la proclamada presunción de inocencia, enmascarada bajo el patético sofisma de la naturaleza no penal del instituto, y es la misma debilidad que ya había aquejado a la posición de los ilustrados...” Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esta provocación de Manzini, demostrando que, no solo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales. Por desgracia, la provocación ha sido rechazada por toda la doctrina procesal italiana, que ha retrocedido tímidamente frente a ella. De nuevo, como en el pensamiento liberal clásico se ha vuelto a invocar la “dura necesidad” y a lamentar la “dolorosa contradicción”, no sin temor a las consecuencias extremas de una interpretación literal de la presunción constitucional de no culpabilidad”.

Mientras se produzca una correcta y razonada conciliación de ambos institutos en la Constitución Política, los magistrados deberán tomar conciencia del real sentido de la detención preventiva, para que su aplicación no tenga las características que lamentablemente ahora tiene, como uno de los temas más preocupantes de la justicia penal en nuestra patria.

