

# Notas a la Reforma del Procedimiento Penal en el Perú

**César Azabache C.**

*Profesor de derecho procesal penal en la Academia de la Magistratura y en la Pontificia Universidad Católica, azabache@amauta.rcp.net.pe*



The criminal procedure reform in Peru came to a halt in 1997, after the Executive Branch observed the second consecutive Congressional approval of the text of the Criminal Procedure Code. The current reform began in 1991, when the complete Procedural Code was approved, although it never became effective, except for some regulations in reference to detentions and special measures for serious crimes (*homicide or crimes involving serious bodily injury*). Despite the transition process begun after the fall of former President Fujimori, as of 2002 it has still not reestablished criminal procedure reform on the list of institutional priorities. In this article, the author reflects upon the areas of discussion still pending, beginning with the state in which the debates in Peru were left.

1. Los proyectos de reforma publicados en noviembre de 1989 y en agosto y noviembre de 1990 propusieron en el Perú la introducción al sistema de justicia penal de las reglas fundamentales del modo acusatorio de organización del proceso penal. A partir de entonces, la implementación de la reforma propuesta ha sido permanentemente diferida. En abril de 1991, por Decreto Legislativo 638, el gobierno promulgó, como Código Procesal Penal, el texto aprobado por la Comisión de Revisión del último proyecto, que había sido constituida por la Ley 25.281. Sin embargo, la vigencia del Código fue diferida, primero, para 1992 y, después, aplazada para 1994. En abril de ese año, la Ley 26.299 creó una nueva Comisión Revisora que, en mayo de 1995, presentó al Congreso un nuevo anteproyecto que aún no sido aprobado.

Según la Exposición de Motivos del texto de 1991, el objeto de la reforma al proceso penal debe ser eliminar del proceso la fase de instrucción del sumario,

que «ya no tiene razón de existir». En 1940 -dice este texto-, ella tenía sentido en la medida en que «lo que se llamó Policía de Investigaciones del Perú no había logrado todavía la técnica ni el grado de perfeccionamiento que hoy tiene». El desarrollo alcanzado por esta institución del Ejecutivo, dice la Exposición, ha provocado que a lo largo de la historia se diera a sus informes un «distinto trato» al establecido en el texto original de 1940. Como resultado de este desarrollo, la Constitución de 1979 «reconoce ya como una etapa del proceso la investigación policial, pero a condición de que se haga con intervención del Ministerio Público, y que sea éste el que promueva la acción penal». Por todo ello «desautorizada la institución (sic) y, consecuentemente, el sistema mixto hay que reconocer que la única opción compatible con los principios consagrados por la Constitución del Estado es el sistema acusatorio modernizado, el cual ha sido asumido por la Comisión». En idéntico sentido, la Exposición de Motivos del texto de 1995 declara que el nuevo texto persigue como



objetivos (i) garantizar el respeto a los derechos fundamentales y (ii) incorporar a nuestro sistema «las bases institucionales del sistema acusatorio» (apartado 6 de la segunda parte).

Siguiendo el contenido de ambos Códigos, podemos concluir que en el Perú se está entendiendo que las así llamadas «bases institucionales del sistema acusatorio» corresponden (i) al encuadramiento de la actividad del juez dentro del marco de lo estrictamente jurisdiccional; (ii) a la orientación del procedimiento hacia el pleno reconocimiento de la igualdad entre las partes; y (iii) al desarrollo pleno de las atribuciones asignadas al Ministerio Público desde la Constitución de 1979.

Los primeros dos aspectos señalados no ofrecen mayores problemas. Constitucionalmente, la actividad jurisdiccional debe ser entendida como aquella orientada hacia la tutela de ciertos derechos afectados por una controversia. La actividad jurisdiccional debe culminar, siempre, en resoluciones que constituyen títulos respecto a los derechos puestos en cuestión. A diferencia de ella, la investigación criminal se desarrolla a través de diligencias e informes que producen un conjunto de información que puede llevar a sustentar ante la judicatura una petición de condena contra alguien. La investigación criminal corresponde, por ello, al concepto de actividad administrativa mejor que al de actividad jurisdiccional. Dado el principio de distribución y equilibrio de poderes, la actividad de investigación criminal debe desarrollarse fuera del ámbito judicial, aunque por su enorme capacidad para afectar los derechos de las personas, debe estar siempre sujeta al control de la judicatura.

El reconocimiento de la igualdad entre las partes sirve de fundamento al principio de contradicción<sup>1</sup> y al derecho a un juicio justo<sup>2</sup>. En conjunto, estas disposiciones afectan sustancialmente la posición que ha sido concedida a los fiscales por el modo mixto de organización del proceso penal. De «magistrados cuasi judiciales», cuyas opiniones (contenidas en «dictámenes») pueden influir en las decisiones judiciales, ellos deben pasar a ser considerados «contrapartes» del acusado. Sus derechos deben ser, entonces, equivalentes, sobre todo en lo que se refiere a la posibilidad de proponer a los jueces elementos probatorios. Por lo mismo, debe entenderse que al mayor poder institucional del fiscal para obtener pruebas de cargo tienen que corresponder los derechos del acusado a que se presuma su inocencia y a no colaborar con la investigación seguida en su contra.

En una apretada fórmula, podemos decir que atendiendo al principio de igualdad entre las partes, el proceso penal debe organizarse de modo tal que se permita que la verdad de los hechos discutidos se establezca a partir del más amplio debate entre quienes concurren a él. Este debate debe realizarse ante el juez, pero él no debe participar de ningún modo en la organización de las pruebas de cargo. Atendiendo al principio de imparcialidad, el juez debe limitarse a controlar el desarrollo público y adecuado del proceso para pasar a dar mérito, al momento de sentenciar, la verosimilitud de las tesis presentadas por cada parte y la admisibilidad de las pretensiones que han orientado su participación en el proceso. En especial, los jueces deben abstenerse de realizar cualquier acción que los involucre de cualquier modo con las tareas de persecución del delito, ya que cualquier colaboración con el fiscal podría poner en cuestión su grado de imparcialidad<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Este principio ha sido reconocido y desarrollado por las Reglas de Mallorca 25 a 34 ("Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal", adoptado por la Comisión de Expertos reunida en Palma de Mallorca, sesiones celebradas entre 1990 y 1992).

<sup>2</sup> El contenido mínimo de este derecho ha sido establecido en el artículo 40 de la Convención de San José y en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>3</sup> Sumamente gráfica resulta, a este respecto, una clásica expresión del profesor Niceto Alcalá Zamora. El juez, dice en «Proceso, Autocomposición y Autodefensa», debe ser entendido como una magistrado imparcial, es decir, ajeno a las partes y a sus pretensiones.

2. Hasta aquí, la introducción de técnicas acusatorias en el proceso penal puede ser presentada como desarrollo de las tendencias constitucionales seguidas desde 1979 que, a su vez, pueden relacionarse con algunas tendencias predominantes en las reflexiones sobre derecho penal y derechos humanos. Debe, por eso, ser asumido como un avance importante en el proceso de permanente democratización de la justicia. En realidad, es el tercero de los aspectos que estamos considerando parte de las «bases institucionales del sistema acusatorio», el desarrollo de las atribuciones del Ministerio Público, el que plantea mayores problemas.

El Código de 1940 había concebido al Ministerio Público como una función del Poder Judicial. Los fiscales establecidos por ese Código formaban parte de la misma corporación que los jueces, aunque no estaban subordinados a ellos. La Constitución de 1979 dispuso que el cuerpo de fiscales pase a conformar una corporación distinta a la judicial. Esa corporación, denominada Ministerio Público, debía ser autónoma de los poderes del Estado, aunque los fiscales que la integraran debían tener «las mismas prerrogativas» que los jueces «en sus respectivas categorías»; deben estar sujetos «a las mismas incompatibilidades» y su nombramiento debe atender a «idénticos requisitos y procedimientos».

Una vez que los fiscales fueron separados del Poder Judicial, debió derogarse la disposición que permitía a los tribunales incluir sobre su decisión de acusar o no al imputado<sup>4</sup>. Además, la Ley de Organización del Ministerio Público reservó a los fiscales el derecho a pedir la instrucción de sumarios en caso de delitos de acción pública<sup>5</sup>, así que también se tuvo que considerar prohibido todo modo de influencia de los jueces sobre la decisión fiscal de solicitar la instrucción de un sumario o archivar los casos que llegaban a su conocimiento<sup>6</sup>. Producidas estas dos modificaciones, los fiscales pasaron a tener sobre el proceso un poder de disposición que no guardaba proporción con el reducido papel que durante el Código les asignaba en cada fase del mismo.

El sistema de justicia penal funcionó con esta desproporción durante toda la década de los ochenta. No se hizo ninguna modificación a las reglas de reparto de funciones durante la instrucción. Tampoco se reforzaron los poderes de los fiscales sobre el desarrollo de las investigaciones policiales. Con respecto a ellas, los únicos poderes concedidos a los fiscales fueron asistir a la declaración de los detenidos y revisar, a veces en 24 horas, los informes («atestados») preparados por la policía de investigaciones en base a denuncias sobre cuyo origen nunca se les dio cuenta.

3. La opción seguida hasta el último texto del Código Procesal Penal supone el desarrollo de un conjunto de poderes de orientación, control y calificación sobre los resultados de la actividad de investigación de hechos delictivos que, en términos organizacionales, aparecen todavía en manos de la Policía Nacional. De acuerdo al diseño fijado en la última versión del Código, debería corresponder a la Fiscalía la dirección de la investigación del delito (artículo 62). En tanto ellos actuarían sin facultades jurisdiccionales, las posibilidades de producir interferencias serias sobre derechos fundamentales quedarán libradas a procedimientos de autorización judicial (artículo IV). El resultado de la investigación así desarrollada tendría que servir de fundamento a la acusación (artículo 92), cuyo contenido tendría que probarse en un juicio desarrollado según las reglas de publicidad, oralidad e igualdad de derechos entre las partes (artículo 299).

El que este esquema importe cambios esenciales en la relación entre la Policía Nacional y el resto del sistema, en especial el Ministerio Público, es un asunto bastante claro. Como en diferentes oportunidades ha señalado en nuestro medio el profesor César San Martín, “el reto más importante de un nuevo Ministerio Público es constituir un modelo eficiente y razonable de relaciones con la Policía Nacional...La Constitución enfatiza que el Ministerio Público tiene la misión de conducir desde su inicio la investigación del delito. Ello significa que no sólo todo acto de

<sup>4</sup> Según la versión original del Código de 1940, el Tribunal que discrepara con un fiscal sobre la necesidad de pasar una causa a fase de audiencias públicas, podía sustituirlo. Si el segundo fiscal se negaba a acusar, el expediente debía ser elevado a la Corte Suprema para que ella decidiera si debía o no instalarse la fase de audiencias. Posteriormente, el Decreto Ley 21.895 reemplazó esta disposición por otra que autorizaba al tribunal a devolver el expediente al fiscal ordenándole que acuse “por imperio de la ley”.

Puesta en vigencia la Constitución de 1979, el Decreto Legislativo 126 dispuso que en caso de discrepancia con los fiscales, los tribunales sólo podían solicitar que el Fiscal Supremo en lo penal revisara la decisión de aquél con el que discreparon.

<sup>5</sup> La versión original del Código de 1940 concedía a los fiscales atribuciones suficientes para solicitar el inicio de un proceso penal, pero ordenaba que se formalizara denuncia siempre que la noticia criminal provenga del agraviado o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. También permitía que la instrucción comenzara directamente por decisión del juez.

<sup>6</sup> Según el Decreto Legislativo 52, ante la decisión de un fiscal de no formalizar cargos penales sólo quedaba solicitar una revisión que está a cargo del Fiscal Superior.

investigación de un presunto delito le debe ser comunicado, sino que la administración en general no puede abocarse a conocer de delitos sin la conducción de la Fiscalía<sup>7</sup>. Para todos es visible que las resistencias que tales cambios provocan son una de las fuentes más importantes de las resistencias que han impedido, hasta el presente, la puesta en vigencia del Código Procesal Penal. Basta, para confirmarlo, con transcribir parte de las observaciones formuladas por la Corte Suprema de Justicia durante el último procedimiento de observación: “En el tercer párrafo *in fine* del artículo 62 del Código Procesal Penal se establece que la Policía Nacional está obligada a cumplir las órdenes del Ministerio Público en el ámbito de su función”. “Esta disposición resulta inconstitucional por cuanto el vocablo ‘órdenes’ lleva intrínseco el concepto de subordinación jerárquica que, conforme a la redacción de la autógrafa, la Policía Nacional estaría subordinada al Ministerio Público, situación que constitucionalmente no lo es” (sic)<sup>8</sup>.

Los mayores obstáculos a la reforma parecen provenir, sin embargo, del modo en que se ha estimado el costo financiero de la misma. Las observaciones que el Ministerio Público opuso al Código durante diciembre de 1997 estuvieron apoyadas en un cálculo según el cual el Código sólo podría implementarse si se resolvieran una serie de problemas organizacionales entre los que se encuentra la necesidad, percibida por la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, de ampliar el volumen de plazas de esta entidad. Según el cálculo efectuado por esta última entidad, el costo del proceso importaría una ampliación presupuestaria de 600 millones de soles, lo que, dada la estructura actual del gasto público representa un obstáculo insalvable. A estas alturas queda claro que las políticas de reforma del sistema judicial están fuertemente vinculadas a los objetivos de las políticas macroeconómicas que, entre otras cosas, buscan racionalizar el gasto público. No debe sorprender, entonces, que los recientes debates sobre la reforma al proceso penal se

hayan planteado de manera simultánea con las sustentaciones de solicitud de partidas presupuestales del sector público, ni debe sorprender que, junto a la aprobación de los últimos presupuestos, se hayan producido decisiones como las Observaciones al Código (diciembre de 1995 y 1997) o incluso la creación de las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y el Ministerio Público (fines de 1995)<sup>9</sup>.

Sin embargo, hay que hacer también algunas observaciones propias al modo en que, hasta en su última versión, venía definiéndose el procedimiento según el nuevo Código. En general, en su esquema, el desarrollo de la investigación fiscal está sujeto a los mismos presupuestos procesales que el Código de 1940 fijaba para la instrucción. La apertura simultánea de investigaciones en dos o más fiscalías da origen a contiendas que deben ser resueltas por las instancias superiores del Ministerio Público. Citados a declarar, los imputados podrían plantear cuestiones previas (sobre los requisitos fijados para iniciar la investigación) y prejudiciales (sobre el carácter ilícito de los hechos), además de excepciones, incluida la declinatoria. Todos los procedimientos son escritos. Las peticiones de las partes civiles deben ser comunicadas a la (o las) partes contrarias y se resolverían por medios de resoluciones, algunas de las cuales pueden ser impugnadas ante los fiscales superiores.

Coincidentemente con este modo de concebir a la actividad de los fiscales, las reglas de incorporación de pruebas al proceso están concebidas de un modo bastante ambiguo. Incluso en algunos artículos del anteproyecto de 1995 llegaban a denominar «pruebas» a lo que no debería ser sino bases de la imputación reunidas durante la investigación criminal<sup>10</sup>.

Antes de la Constitución de 1979 el proceso penal peruano había funcionado como una secuencia de investigaciones policiales y judiciales desarrolladas sucesivamente sin que medie entre ellas algún canal

7 “Ministerio Público y reforma de la justicia: algunos planteamientos de principio”. Conferencia dictada en el marco del Seminario “Reforma Judicial en el Perú: logros y retos; en busca de un plan de mediano plazo”. Academia de la Magistratura. Lima, marzo de 1997.

8 Durante el anterior procedimiento de observaciones, el Poder Ejecutivo había insinuado su desacuerdo con el perfil de relaciones Ministerio Público - Policía Nacional asumido por el Código. Dice, el oficio 008-96-PR enviado al Congreso: “respecto al concepto sobre la dirección de la investigación del delito, sería conveniente determinar si se ha adecuado a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 159 de la Constitución, en el sentido que corresponde al Ministerio Público conducir la investigación del delito”.

9 Esta hipótesis, que no es tema de este trabajo, fue planteada ya por el autor en otro lugar: “Justicia, la nueva versión del ajuste”. Diario El Mundo, página A-4, edición del martes 14 de noviembre de 1995.

10 En el Código, la actividad probatoria aparece regulada en el libro II, “La investigación”. Según el artículo 92 del Código “la etapa procesal de investigación persigue reunir la prueba necesaria que permite al Fiscal decidir si formula o no acusación”. Según el artículo 97 el Fiscal “actúa la prueba ofrecida por los sujetos procesales”. Los elementos propuestos al juicio son “nuevas pruebas” (artículo 293.1) y sólo pueden ser admitidas si el pedido específica “el probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso” (artículo 294.1). A la luz de estos artículos queda claro que, incluso en la última versión del Código, la actividad probatoria sigue apoyada fundamentalmente en los actos de investigación que, en este caso, además, corren a cargo de la parte acusadora del proceso.

eficiente de comunicación e integración de información. El modo en que está diseñado el proceso sólo permite que jueces penales y policías se encuentren en las diligencias de ratificación pericial, en las declaraciones testimoniales de los policías o cuando éstos se ven involucrados en algún caso de abuso de poder. No existe ningún procedimiento que permita incorporar al proceso la información que sobre un caso puede reunir la policía después de presentado su informe (el «atestado»). Como los procesos son lentos, al momento de emitir la sentencia los jueces tienen ante sí un conjunto de información bastante antigua, que muy pocas veces es actualizada durante las diligencias de investigación judicial. Esta situación provoca una pérdida muy significativa de información más reciente que podría reducir los elevados márgenes de error con que actualmente funciona el sistema<sup>11</sup>.

La incomunicación de policías y jueces sólo puede ser resuelta a través de procedimientos que permitan incorporar a lo largo de todo el proceso la información que continuamente producen los primeros. Sin embargo, resulta evidente que esta información no puede ser empleada por los jueces al momento de emitir sentencias tal cual es proporcionada. Para que puedan ser empleadas en el curso de un proceso penal las conclusiones sobre hechos producidas por la policía deben ser mediatizadas por una argumentación jurídica que explique sus alcances tomando en cuenta los precedentes judiciales y las reglas habitualmente empleadas por los jueces en sus decisiones. Esta mediatización no tiene porqué ser exigida a la policía. Debe ser hecha por un cuerpo jurídico distinto: un cuerpo formado por abogados que esté en capacidad de trabajar como orientador permanente de las investigaciones policiales y sea capaz de sostener los cargos penales contra los imputados. Esta es, precisamente, la función que corresponde a los Fiscales en el derecho comparado, salvo por lo que toca al procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

En el marco del modo de organización del proceso penal, recogido por las distintas versiones del Código al que se ha hecho referencia, las fiscalías tienen a su cargo la dirección final del procedimiento de forma-

ción de cargos penales. Para ello, los fiscales y los policías deben estar preparados para desarrollar relaciones de mutua colaboración que permitan mejorar la eficiencia de las labores conjuntas y elevar permanentemente la calidad del aporte que cada dependencia debe hacer durante las investigaciones criminales. La implementación de este tipo de relaciones exige que los sistemas permitan a los fiscales concentrar sus energías en estudiar cada caso o problema planteado a fin de orientar las pesquisas de la policía hacia la obtención de aquellas evidencias que sean útiles para sostener la acusación. Si bien corresponde a la policía reunir y analizar toda la información vinculada a cada una de estas situaciones, es a los fiscales a quienes les corresponde advertir -por anticipado- cuando la información reunida por la policía es insuficiente para ser presentada en juicio o cuando se han infringido los procedimientos legales de un modo tal, que el caso en su conjunto se ha perjudicado. Por lo mismo, corresponde a los fiscales proporcionar a la policía los criterios que sean más útiles para evitar el enorme derroche de energías y recursos que se produciría si se dedicaran largas horas de trabajo a diligencias y operativos que no podrán ser empleados en juicio, mientras quizá con un desgaste menor habría sido posible obtener aquellos elementos que, aunque puedan parecer poco importantes, son precisamente los que la jurisprudencia de los tribunales ha reconocido como fundamentales.

4. En general, según el nuevo anteproyecto, el desarrollo de la investigación fiscal está sujeto a los mismos requisitos de admisión y procedibilidad que el Código de 1940 fijaba para la instrucción. La apertura simultánea de investigaciones en dos o más fiscalías da origen a contiendas que deben ser resueltas por las «instancias superiores» del Ministerio Público. Citados a declarar, los imputados pueden plantear cuestiones previas (sobre los requisitos fijados para iniciar la investigación) y prejudiciales (sobre el carácter ilícito «pretípico» de los hechos), además de excepciones, incluida la declinatoria. Todos los procedimientos son escritos. Las peticiones de las partes civiles deben ser comunicadas a la (o las) partes contrarias y se resuelven por medios de resoluciones, algunas de las cuales pueden ser impugnadas ante los fiscales superiores.

<sup>11</sup> En los casos por terrorismo, los abogados de organismos de derechos humanos crearon una práctica que revela los problemas prácticos que origina esta situación. Puestos ante la elevada influencia que tienen los informes policiales sobre la opinión de jueces y fiscales, hacia 1992 los abogados de estos organismos comenzaron a solicitar a la policía especializada que profundice las investigaciones sobre los hechos atribuidos a sus defendidos. Cuando los imputados eran inocentes, estas nuevas investigaciones servían para que la policía encontrara nuevas evidencias que modificaban la versión inicial que habían sostenido sobre los hechos. Alcanzado a los fiscales, muchas veces estos "segundos informes" permitían que se retiraran los cargos presentados siguiendo las conclusiones del primer informe.

Coincidentemente con este modo de concebir a la actividad de los fiscales (que podrían ser denominados fácilmente «fiscales instructores»), las reglas de incorporación al proceso de elementos de demostración están concebidas de un modo bastante ambiguo. Incluso -y creo que es revelador de la enorme confusión que predomina en el texto- en algunos artículos del anteproyecto se llega a denominar «pruebas» a lo que no son sino evidencias reunidas durante la investigación criminal<sup>12</sup>.

5. El problema central de la reforma del procedimiento penal es, sin duda, la posición que corresponde al juicio dentro del sistema adoptado para regular la formación de convicción del Juez. Introducir la problemática del juicio oral llamando la atención sobre la centralidad que corresponde al juicio dentro de la teoría del proceso resulta, por decir lo menos, incómodo en un medio como el nuestro, en el que la escrituración tiene tal preponderancia que se ha podido, sin más objeción de inconstitucionalidad, generalizar un tipo de procedimiento en el que el juicio, literalmente, es abandonado para dejar que sea el propio Juez de Instrucción quien dicte sentencia. Hoy en día, la mayor parte de figuras delictivas contenidas en el Código Penal deben ser juzgadas según las normas del procedimiento sumario. El ordinario, que es el que conserva una etapa de actuación oral, aparece reservado sólo para una estrecha relación de delitos que, sin embargo, contiene todas las figuras sancionadas por leyes especiales. Y aún allí, en el procedimiento ordinario, el juicio oral aparece reducido en su importancia frente a una instrucción que ya en 1927 era denunciada por Niceto Alcalá Zamora como recargada en exceso de diligencias innecesarias.

El artículo 280 de nuestro Código de Procedimientos Penales ofrece, en buena cuenta, un buen resumen de las deficiencias de concepción que en nuestro medio priman en esta materia. Según su texto, al momento de dictar sentencia, los miembros del tribunal del juicio deben apreciar tanto las diligencias actuadas en juicio como aquellas otras que hayan sido actuadas en fase de instrucción. Aunque M. H. Cornejo, en sus Comentarios sostuvo desde hace mucho que tal referencia forzaba a incorporar en los debates, por todos los medios posibles, los resultados del sumario,

que al no invocarlos directamente en la sentencia, en los hechos se ha impuesto en nuestro medio un estilo de juzgar en el que el contenido de las actas escritas determina el prejuzgamiento de los magistrados, hasta tal punto que muchos de los interrogatorios practicados ante nuestros tribunales son, sin duda, un simple preanuncio de una condena que será dictada según los actuados de la fase preliminar. La estructura altamente ritualizada de nuestro juicio, que reduce en exceso los debates directos sobre lo que debe hacerse y sobre el significado de lo que se tiene delante, hace que la experiencia correcta del juicio sea para nosotros un asunto de derecho comparado, no lo que orienta nuestro modo práctico de tomar decisiones sobre los casos que llegan a los tribunales.

En nuestro medio, el problema del juicio oral, entonces, llama a cambios imprescindibles en las reglas del procedimiento y a cambios que deben ser introducidos en las prácticas procesales con las que se les organiza y tramita.

En conjunto, el marco normativo que rige el procedimiento penal debe estar definido en perspectiva a lograr el punto de equilibrio entre los requerimientos de certeza (entendida como la necesidad de asegurar que sólo los culpables sean condenados) y aceleración (entendida como la necesidad de aproximar, al máximo posible, la sentencia al momento de ocurrencia del hecho). Dicho en otras palabras, el proceso debe permitir que los juzgadores logren formarse una convicción segura y absoluta sobre los hechos del caso, en el menor tiempo razonable de tramitación de una causa. En el camino hacia el logro de ese punto de equilibrio, los derechos de los imputados a un juez imparcial, a la defensa, a la libre contradicción y debate, y a un juicio oral y público, entre otros, constituyen verdaderos mecanismos de seguridad diseñados para impedir que por la pura aceleración se asuman como verdaderas afirmaciones parciales, es decir, originadas en el exclusivo punto de vista de una de las partes. Las sanciones al retardo constituyen igualmente contraincentivos muy útiles frente al excesivo ritualismo que puede terminar por sobrecargar el proceso de diligencias innecesarias que alejan la sentencia del momento de comisión del delito, haciéndola poco eficaz en sus fines preventivos generales.

<sup>12</sup> Según el texto del Código, es el fiscal quien "actúa la prueba ofrecida por los sujetos procesales" (artículo 101). Los elementos propuestos al juicio son nuevas pruebas" (artículo 299.1) y sólo pueden ser admitidas si el pedido especifica "el probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso" (artículo 300.1).

En el estado actual de las técnicas procesales, el óptimo del sistema se alcanza en la medida en que las sentencias sean dictadas a consecuencia de una fase probatoria producida de manera oral -por ello inmediata- ante un Juez que debe formar su convicción en el marco de audiencias públicas que aseguren que tenga ante sí todas las alternativas de interpretación de las leyes y los hechos del caso. En este escenario, el uso de la oralidad se convierte en un test fundamental para controlar el modo en que un concreto sistema procesal realiza el ideal de equilibrio entre certeza y aceleración. Por definición, un sistema basado preferentemente en la escrituración estará más lejos del ideal de eficiencia que uno basado en la oralidad. La opción entre una y otra técnica de actuación escapa al conjunto de opciones puramente neutras del sistema. Lejos de ello, constituye más bien un asunto esencial a la hora de analizar la eficiencia con que éste se desempeña.

La implementación de un proceso con todas estas características requiere, por cierto, de una serie de transformaciones actitudinales y organizacionales cuya dimensión se refleja, en términos político-institucionales, en los programas de reforma de la justicia organizados alrededor de un cambio fundamental en los Códigos Procesales. Sin embargo, el inicio de un programa de ese tipo requiere una serie de condiciones objetivas vinculadas al nivel mínimo de consenso que debe generarse entre los operadores del sistema y entre los poderes públicos en punto a fijar las líneas matrices de organización del proceso judicial. Como condición previa a una reforma fundamental del sistema de justicia se requiere, principalmente, congregar consenso alrededor de un concepto muy claro sobre las diferentes funciones que, en el proceso penal, corresponde asignar al Juez de la causa, al Fiscal y a la Defensa. En orden a esto, se requiere también profundizar el consenso en torno a temas fundamentales como el respeto a la presunción de inocencia, a la oralidad e inmediación como requisitos irrenunciables para el desarrollo de juicios penales, a las garantías del juicio justo y al derecho a la defensa. Por cierto, también deben ser trabajados a este nivel temas como la utilidad pública de un sistema basado en estos principios y, por tanto, la plena justificación del mayor o menor nivel de gasto fiscal que requiere su implementación. No debe olvidarse además que el sistema de justicia penal está íntimamente relacionado con las políticas de control del orden interno y que, en consecuencia, su funcionamiento requiere de un amplio acuerdo marco entre el Ministerio Público

y la Policía, en punto de fijar, en detalle, las múltiples implicancias de un sistema de investigación del delito basado en el reparto de funciones y en el principio de mutua cooperación.

Una reforma normativa que no parta de un amplio debate sobre estos puntos fundamentales, podrá arriesgar sus resultados al más amplio fracaso. El funcionamiento de la justicia, como cualquier otro tema institucional, requiere para su correcta implementación una cultura ciudadana que oriente a usuarios, acusados, operadores y al público en general sobre el sentido del proceso. Sin un programa organizado para generar estos acuerdos esenciales el destino de la reforma puede verse en riesgo. En consecuencia, el modo de implementación de una reforma fundamental debe definirse con suma prudencia, sobre todo porque, como se verá en el apartado siguiente, una serie de hechos producidos en nuestra historia reciente indican que en el momento actual no están dadas todas las condiciones institucionales que se requerirían para hacer viable una reforma fundamental del sistema procesal basada en un cambio de Código. En consecuencia, es preciso avanzar en el logro de tales condiciones a través de un programa gradual que permita introducir en el sistema correctivos puntuales que abran el camino hacia una reforma fundamental.

En este marco, para nosotros, el problema del juicio obliga a centrar la atención en el modo en que damos valor práctico al derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y los criterios que empleamos para plantear el juicio de cara a los acusados. La introducción indiscriminada de admoniciones morales, advertencias y fórmulas que precalifican de plano las versiones de defensa como falsas o elusivas constituyen la mejor muestra del modo en que nuestro sistema no se toma en serio el papel del juicio. Como hemos visto, en teoría, es el escenario del juicio el que debería servir para que los magistrados que deben sentenciar formen convicción sobre los hechos del caso. En nuestra práctica, sin embargo, la convicción de los magistrados llega al juicio predeterminada por la lectura de las piezas del sumario, de modo tal que el juicio se convierte en sólo una actualización de los prejuicios incorporados al expediente.

Puede que el problema central de nuestro juicio corresponda, precisamente, a las mismas causas que hacen del expediente judicial la pieza más impor-

tante del despacho. Hoy en día es poco imaginable un proceso sin expediente. Sin embargo, la eliminación de esa herramienta, o mejor, su sustitución por archivos documentales menos importantes en su uso, tiene enorme importancia para la reestructuración de la cultura judicial de nuestro medio.

En el marco de un procedimiento fuertemente escrito, el expediente se ha convertido en la fuente por excelencia de convicción de los magistrados. En tal medida, no es absurdo pensar que debamos definir como meta político criminal la desaparición del expediente, que en el marco de un procedimiento oral tendría que terminar reducido al papel que corresponde a los recaudos de la acusación fiscal y de los escritos de defensa del acusado. Es fácilmente imaginable un proceso judicial en el que las actas de las diligencias preliminares solicitadas por el Fiscal le sean entregadas para la preparación de la acusación, y sólo puedan ingresar al proceso como anexos de la misma. Un sistema diseñado de tal modo podría, además, ofrecer un espacio práctico sumamente sencillo para validar la regla de exclusión probatoria: en él, el juicio de admisión sobre la acusación importaría, además, un juicio sobre la admisión de las fuentes documentales de prueba que la acompañan. Las actas de diligencias ilegales podrían, de este modo, ser físicamente excluidas del conjunto de legajos que se admiten al proceso. Las diligencias sumariales pasarían en este procedimiento, incluso en términos simbólicos, a ser parte de la acusación del Fiscal, colocado como una parte del proceso, no del expediente que tiene ante sí el Tribunal.

Un procedimiento tal requiere, por cierto una modificación esencial de los roles que ahora se asignan a la fase de instrucción y a la de juicio. Tal como está estructurado el Código de Procedimientos Penales de 1940 la instrucción acaba siendo, no una fase de preparación de la acusación sino una de acopio de fuentes documentales de prueba. En consecuencia, la regla del artículo 232 ordena que sólo se admitan en el juicio a peritos y testigos nuevos. Dentro de este marco, el centro de la actividad probatoria de nuestros procedimientos se traslada inevitablemente al sumario. Una correcta resignificación del rol de cada fase procesal obligaría a suprimir esta regla y reemplazarla por otra, que con mejor criterio suprima de las diligencias preparatorias todas aquellas que deben ser actuadas ante el Tribunal y reduzca la función de las mismas a la exclusiva preparación de la acusación, a la que corresponde no la actuación de todo lo posible,

sino sólo de aquellas diligencias que permiten justificar la imputación o asegurar las fuentes de prueba que deben llegar a juicio.

En su conjunto, el programa de reforma producirá inevitables problemas institucionales. La reforma provoca cambios en pautas de conducta fuertemente interiorizadas en los operadores. Al menos una parte de ellos sentirá que esa transgresión a lo establecido por la fuerza de la repetición, constituye una violación a las reglas de derecho y responderá en consecuencia. Además, puede que no todas las objeciones sean infundadas. Es evidente que lo ideal sería que las reformas sean respaldadas por una amplia coalición que sustente los cambios. Pero la ausencia de tal coalición es siempre posible y entonces surge el problema de la legitimidad del proceso: ¿debe esperarse hasta que estén dadas las bases de consenso o es posible admitir, al menos temporalmente, que el proceso sea impulsado por poderes de excepción que, al modo de los ajustes en la economía, se coloquen por encima del sistema político?

Un problema distinto proviene de la lógica misma de todo programa de reforma. Los procesos acelerados de cambio institucional pueden llegar a generar una voluntad política que se ponga a sí misma por encima del sistema de toma de decisiones. Si bien tal acumulación de poder puede justificarse en ciertas condiciones -los conflictos internos, por ejemplo-, no siempre es posible encontrar un agente tal que, pasado el período de excepción, esté dispuesto a autolimitar el poder acumulado transfiriéndolo a la sociedad. En estos términos, los procesos de reforma pueden generar cuadros de acumulación excesiva de poder que trasciendan las necesidades fijadas por las circunstancias y convierten al reformador en una suerte de Leviatán que actúa libre de contrapesos. En tanto exista este exceso, y se manifieste en la transgresión a ciertas reglas básicas, como la de independencia e inamovilidad de la judicatura, tocaremos el límite que separa la necesidad de cambios de la más abierta inconstitucionalidad. 