

INFORME SOBRE LA NUEVA LEGISLACIÓN PENAL DEL PERÚ

Carlos Augusto PARODI REMÓN

SUMARIO: I. *Primeras palabras*; II. *El nuevo Código Penal del Perú*; III. *El Código Procesal Penal del Perú*; IV. *El Código de Ejecución Penal*; V. *Palabras finales*.

I. PRIMERAS PALABRAS

Constituye un evidente acierto la inclusión del tema mencionado “El procedimiento penal mexicano contemporáneo” en el XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal que se celebra conjuntamente con las XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en la bella ciudad mexicana de Cuernavaca. Más lo es si se tiene en cuenta la razón esencial de tal inclusión, cual es “la importancia que en la defensa de los derechos humanos corresponde al procedimiento penal”, punto éste, el de los derechos humanos, de incontenible tratamiento en la actualidad, como un reflejo de la necesidad de que el ser humano se reencuentre a sí mismo, premisa necesaria para salvaguardar la propia civilización. Planteadas así las cosas asistimos a una feliz coincidencia, pues la realización de tan magnos certámenes, en los que se tratará temas como el propuesto, concuerda con el establecimiento en el Perú de tres cuerpos legales de gran importancia, todos ellos de naturaleza penal: el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Código de Ejecución Penal. Es por ello que hemos querido compartir el análisis y el estudio de estos temas de naturaleza penal con un breve comentario de los recientes códigos peruanos a manera de información y de difusión de los mismos en este marco majestuoso de eventos de tanta importancia, cuya realización merece nuestro reconocimiento y nuestra gratitud a sus entidades organizadoras, el gobierno del estado de Morelos, el Instituto Mexicano de Derecho Procesal y el Instituto Iberoamericano

de Derecho Procesal, siempre atentos al tratamiento de las ciencias jurídicas, que en el fondo importa una revalorización del hombre. En estos momentos de la historia se hace más que nunca imperativa la vigencia del derecho como el medio idóneo para mantener o reivindicar la paz social. Este es uno de los frutos de congresos como a los que asistimos.

Sus sesiones, debates y conclusiones se han de proyectar en el futuro como una proclama permanente del imperio del derecho y una promesa, también constante, de esforzarnos cada día por lograr la paz social basada en la justicia.

Manos a la obra.

II. EL NUEVO CÓDIGO PENAL DEL PERÚ

El Código Penal reciente sustituye al que venía rigiendo desde el 28 de julio de 1924 y que fue promulgado en esa fecha, en uso de la autorización concedida mediante la ley 4868 del 11 de enero de ese mismo año, y que a su vez sustituyó al Código Penal que comenzó a regir el 1º de enero de 1861, al cual derogó. Es interesante anotar que las razones que inspiran la necesidad de toda reforma legal son casi siempre las mismas: la urgencia de adaptación a las nuevas formas sociales, la conveniencia de acoger las tendencias doctrinarias del momento y el inevitable decaimiento que sufre todo cuerpo legal por el simple transcurso del tiempo. Así, en la exposición de motivos del Código Penal de 1924, leemos: “El Código Penal vigente [se refiere al de 1861] data de hace más de sesenta años. Corresponde, por la época en que se dictó, a criterios criminológicos y a principios de penalidad que han caducado definitivamente o que han experimentado gran transformación. Otras legislaciones, aún más antiguas que la nuestra, como la francesa por ejemplo, han sido objeto de renovaciones parciales frecuentes, que las han colocado al nivel de los adelantos de ciencia. La nuestra, en cambio, ha quedado enteramente estacionaria. El Código de 1861 conserva intactos sus principios y sus reglas. Y continúa: “Su aplicación origina numerosas injusticias en la administración judicial. No realiza absolutamente al objeto de defender la estabilidad social contra el crecimiento incesante de la criminalidad y, sobre todo, es un arma gastada, puesta en manos de los jueces en cuya eficacia han dejado éstos de creer. . .”¹

¹ Código Penal, Ley 4868, Edición Oficial, Imprenta Americana, Lima.

Palabras más, palabras menos, leamos la parte pertinente de la exposición de motivos del nuevo Código Penal promulgado mediante el decreto legislativo 635 del 3 de abril de 1991: “Es dable reconocer que el Código Penal cuya vigencia cesa [el de 1924] constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antecedieron. Sin embargo el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales y la explosiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional.

”El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva”.²

En el caso del Perú existía otra razón adicional: la necesidad de adecuar la normatividad a la Constitución Política de 1979. Y así expresa la exposición de motivos: “Hasta hace poco la tendencia era la de hacer una reforma parcial del Código Penal; pero desde 1979, con la promulgación de la Constitución Política del Estado; se entendió que había llegado el momento de afrontar la reforma total del ordenamiento jurídico punitivo. Esta empresa debería avocarse no solamente a adaptar el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución, sino también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria. El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el derecho penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho”.³

Es justamente con referencia a este último apartado de la exposición de motivos del reciente código que pensamos debe iniciarse este breve comentario. En la forma como está redactado pareciera que es premisa indispensable para una convivencia en sociedad, la existencia de una normatividad sancionatoria, punitiva, correctora, que es todo eso el Código Penal. Si bien consideramos inevitable su existencia por la naturaleza de las relaciones sociales, cada día más complejas y difíciles, queremos pensar que la paz social debe ser consecuencia directa de la justicia y estimarse como una aspiración común de todos los pueblos y de todos los hombres, que sólo puede

² Código Penal promulgado por Decreto Legislativo 635, separata del diario oficial *El Peruano*, Lima, abril de 1991, edición oficial, p. 6.

³ *Ibid.*, p. 6.

lograrse teniéndose como sustento de vida, la honradez, la solidaridad y la lealtad.

Esto nos lleva a una concepción distinta, quizá algo optimista, pero que tiene como base las calidades mismas del ser humano. En otras palabras, la regla debe ser la convivencia pacífica, la paz social y la excepción; por consiguiente su sanción o punición, su deterioro o infracción.

Cuanto menos deba aplicarse un Código Penal, mejor para el pueblo en el cual rija y mejor también su futuro y la posibilidad de su superación.

Se trata entonces de evitar, no de sancionar. Los estados deben crear o propiciar las condiciones necesarias para que disminuya la delincuencia e implantar un código penal para penar a quienes infrinjan la norma, pero como excepción, no como regla.

Es quizá por ello que Peña Cabrera al referirse a las escuelas penales, la clásica que enfoca preponderantemente el delito; la positiva que está dirigida especialmente al delincuente y la ecléctica y la técnico-jurídica que se limitan al estudio dogmático del derecho penal, dice: “La lucha de escuelas ha terminado. Se está imponiendo finalmente, un derecho penal que persigue realizar la justicia en contacto con la realidad, amparando los principios de libertad y defensa de la sociedad, para alcanzar sus metas sociales, políticas y jurídicas”, agregando que “lo importante es concebir al derecho penal como parte de la política social [y que] definitivamente, en el derecho penal se observa una creciente e incesante liberalización y humanización de la pena. Como la pena no intimida a los demás, resulta imperativo que la pena se concilie con la personalidad del delincuente”.⁴

Por su parte, Lamas Puccio afirma que “la criminalidad es un fenómeno básicamente sociopolítico y no una agregación de delitos individuales”, añadiendo que “en realidad muchas veces la criminalidad es el resultado de una manifestación ineficaz de una justicia penal, eminentemente de corte lógico formal” y agrega: “en los últimos años los estudiosos del derecho penal, no han cesado de reflexionar sobre cómo debería ser un derecho penal moderno, eficaz y sobre todo respetuoso de los derechos humanos”.⁵

⁴ Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de derecho penal*, Perú, vol. I, pp. 71-72.

⁵ Lamas Puccio, Luis, “Política criminal y nuevo código penal”, en *Revista del Foro*, órgano del Colegio de Abogados de Lima, Lima, enero-junio de 1991, año LXXIX, núm. 1, pp. 292 y ss.

Tales ideas parecen tener su mejor expresión en el artículo 45 del nuevo código, cuyo texto se fundamenta en la parte pertinente de la exposición de motivos: “El proyecto consagra el importante principio de la co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieran afectado al agente. En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La comisión revisora conceptúa que la culpabilidad a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social”.⁶

El problema parecería clarificante y la inquietud absuelta si nos atenemos al texto del título preliminar del nuevo código que contiene los principios generales inspiradores de todo el cuerpo legal y cuyo artículo 1º es contundente: “Este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”. Todos deseamos que su aplicación en el transcurso del tiempo así lo acredite.

Tales principios generales contienen las normas básicas y desenvuelven los principios constitucionales. Así, el artículo II que consagra el principio de legalidad es la confirmación del párrafo *d*) del inciso 20 del artículo 2º de la Constitución. El artículo III que excluye la analogía para calificar el hecho como delito o falta, reproduce el inciso 8 del artículo 233 constitucional, como garantía de la administración de justicia. El artículo V del título preliminar comentado proclama la validez del juez competente, como previamente lo hace el párrafo 1 del inciso 20 del artículo 2º de la Constitución y el inciso 1 del artículo 233 de la misma carta fundamental.

El artículo VIII del mismo título preliminar establece que “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”, explicando la exposición de motivos en esta parte que se trata de “la proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho”. Por

⁶ Publicación citada en la nota 2, p. 9.

más buena intención que conlleve este artículo, pensamos que tal “proporcionalidad” debe ser cualitativa y no cuantitativa, pues se trata de evaluar y de juzgar conductas humanas y no “estándares” legales, siendo así que el derecho es una ciencia eminentemente social.

El mismo comentario cabe para la norma contenida en el artículo 73 del nuevo código relativo a las medidas de seguridad.

Otra de las figuras destacables del código, que como expresa la exposición de motivos “es una innovación de importancia”, consiste en la reserva del fallo condenatorio, beneficio que se acuerda en determinados casos debidamente puntualizados y según la cual el juzgador se abstiene de dictar la parte resolutive de la sentencia, tal como lo prevé el artículo 63, situación remitida al cumplimiento de determinadas reglas de conducta señaladas en el artículo 64.⁷ Conviene advertir que se trata de una figura diferente a la condena condicional, tratada como suspensión de la ejecución de la pena en los artículos 57 y siguientes.

La exención de pena que el código admite en el artículo 68 es también un beneficio de importancia, y según la exposición de motivos “mantiene resabios de la composición (acuerdo entre las partes), instituto que cristalizó elementales anhelos de justicia y fue socialmente eficaz en la medida en que superó la venganza privada”. No es necesario insistir a este respecto el auge inusitado y la validez real que tienen actualmente las figuras tendentes a evitar el litigio (conciliación, transacción) o el arbitraje cuya sorprendente difusión consta a todos, así como a finalizar el litigio ya comenzado, a través de las mismas alternativas de la conciliación (la audiencia previa en los procesos civiles es una proclama unánime), la misma transacción y el mismo arbitraje. Lo que se trata en suma es de hallar medios idóneos para asegurar la paz social.

⁷ El interesante caso de la reserva del fallo condenatorio con abstención del dictado de la parte resolutive de la sentencia, como lo establece el artículo 63 del código, nos trae al recuerdo, si bien obviamente con connotaciones diferentes, la referencia al Código General del Proceso de Uruguay, en el que “la sentencia puede consistir sólo en el fallo, difiriendo los fundamentos o postergando ambos para una próxima audiencia, en plazo breve”. En *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, patrocinada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, núm. 3/1990, p. 404. Concepto repetido en la p. 411. “El activismismo del juez”, Graciela Barcelona y otros. Coordinador: Enrique Véscovi.

Se entiende que los funcionarios administrativos cumplirán debidamente con las reglas relativas a la rehabilitación, contenidas en los artículos 69 y 70.

En lo que respecta al título V del libro primero denominado “Extinción de la acción penal y de la pena”, la exposición de motivos destaca como la innovación más importante, el derecho del imputado a renunciar a la prescripción de la acción penal, norma contenida en el artículo 91, pues “se quiere evitar que el juzgador recurra al fácil expediente de computar el transcurso del tiempo para resolver el caso en el que exista, a criterio del imputado, suficientes elementos de juicio para motivar una sentencia absolutoria”.⁸ Así es: la sentencia absolutoria tiene mucho más validez, para los efectos de la dignidad y del honor del inculpado, que una resolución declarando prescrita la acción penal y que siempre deja dudas sobre la responsabilidad del agente presunto en el hecho inculcado, más aún si el transcurso del tiempo sin que se expida resolución tiene como causa, en la mayoría de los casos, la lenidad, el engorro o la dilación procesales, imputables al mismo juez.

Estas mismas razones sustentarían una eventual renuncia al indulto concedido, que extingue, no la acción penal (artículo 78), sino la ejecución de la pena (artículo 85, inciso 1) y que como se sabe es diferente a la amnistía (artículo 89).

Conviene concordar los numerales mencionados relativos a la extinción de la acción penal y de la pena, con el párrafo 11 del inciso 20 del artículo 2º de la Constitución peruana, que otorga a la amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y prescripciones, los efectos de la cosa juzgada.

También la transacción tiene el valor de cosa juzgada según el último párrafo del artículo 1302 del Código Civil vigente de 1984.

El título VI que es el último del libro primero parte general, trata sobre la reparación civil y las consecuencias accesorias. A este respecto la exposición de motivos destaca: “las distintas medidas aplicables a las personas jurídicas cuando el delito fuera perpetrado por personas naturales que actúen en ejercicio de las actividades sociales o utilizando la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales”.⁹ A ello tienden los artículos 104 y 105. No obstante las razones que sustentan estas normas, conviene recordar que el inciso 11 del artículo 2º de la Constitución consagra la libertad de

⁸ Código Penal, en *El Peruano*, *op. cit.*, nota 2, p. 10.

⁹ *Ibid.*, p. 11.

asociación y que las personas jurídicas no pueden ser disueltas por resolución administrativa: y que el artículo 96 del Código Civil, el Ministerio Público puede pedir la disolución de la asociación a la sala civil de la Corte Superior del distrito judicial respectivo. “Cuando sus fines o actividades sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres” y que, si la resolución de la Corte Superior no es apelada, se eleva en consulta a la sala civil de la Corte Suprema de Justicia.

Entrando ya a la parte especial del código, que contiene los delitos propiamente dichos, la exposición de motivos dice: “es la expresión de las aspiraciones de justicia de la comunidad políticamente organizada, sus valores, al cristalizarse legislativamente, adquieren la categoría de bienes jurídico-penales”. Y agrega, “en esta parte por tanto, se ha procurado estructurar la parte especial del Código Penal para una sociedad pluralista, democrática y abierta, muy lejos de dogmatismos morales y esquemas monolíticos, culturales y políticos”, haciendo referencia también al “carácter necesariamente fragmentario del derecho penal”.¹⁰ Fundamentación similar a la propuesta para la parte general del código, ya comentada.

Se innovan en esta parte determinadas figuras delictivas que conviene destacar. En el título I, delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, se suprime el término “intencionalmente” en el delito de homicidio, “considerado en el código anterior para hacer realmente el aspecto subjetivo”. Se incluye en el artículo 112 el llamado “homicidio piadoso” que tantos debates ha originado y origina,¹¹ así como el aborto terapéutico (artículo 119), no punible, el aborto ético o sentimental y el aborto eugenésico, ambos con penalidad restringida, debiendo recordarse la ardua e interesante polémica que se produjo estando este código en gestación sobre si se legalizaba o no el aborto prevaleciendo la tesis de considerársele como delito, al tenerse en cuenta el artículo 1º de la Constitución Política según el cual, “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”, y el artículo 2º: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. *Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece*” (el subrayado es nuestro). Idéntico principio lo anota-

¹⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹¹ Recordamos el trabajo *Muerte por piedad* (Euthanasia) del mexicano José Luis Carmona Noguera, México, Guajardo, 1977.

mos en el artículo 1º del Código Civil: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. *La vida humana comienza con la concepción*. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo” (el subrayado también es nuestro).

En el capítulo V de este título I de la parte especial se incluye el delito de genocidio. La exposición de motivos hace referencia en este punto a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, aprobada en el Perú en 1959, siendo su fundamento genérico el respeto a los derechos humanos, tema que ya nadie discute. “El devenir histórico de esta tendencia del hombre a reconocer las facultades que le son inherentes a su calidad de ser humano, intemporales e inespaciales y anteriores a cualquier ley, lo ha convertido paulatinamente en sujeto de derecho internacional, calidad que hoy no se discute”.¹²

Entre los delitos contra la libertad se incluye, en los artículos 154 y siguientes, la “violación de la intimidad” que tiene su correlato constitucional en el inciso 5 del artículo 2º de la carta magna. A propósito de la regla contenida en el artículo 157 del código, es oportuno anotar que alguna vez se creyó encontrar cierta desarmonía o discrepancia entre artículos de un mismo cuerpo normativo, como sucede aparentemente entre los artículos 12 y 19 de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, el primero que consagra el derecho a la intimidad y a la vida privada de toda persona (tal como lo hace el nuevo Código Penal Peruano) y el segundo que proclama el derecho a la libertad de opinión y de expre-

¹² Parodi, Remón, Carlos, “Protección Procesal de los Derechos Humanos en el área iberoamericana”, aporte a las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Mérida, España. Publicada en la *Revista del Foro*, órgano del Colegio de Abogados de Lima, enero-junio 1990, año LXXVII, núm. 1, Lima, pp. 107 y ss. A este respecto resulta oportuno transcribir el texto de una de las conclusiones en la conferencia magistral pronunciada en el Colegio de Abogados de Lima por el doctor Héctor Gros Espiell, ministro de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, por demás significativo: “El derecho internacional ha dejado, progresivamente, de ser un derecho destinado a regular de manera exclusiva las relaciones entre los estados, para transformarse en un derecho dirigido también a aplicarse en el interior de los estados para garantizar los derechos de la persona humana. Por eso, aunque no es necesario adoptar otras denominaciones, sí se le da a la expresión derecho internacional un nuevo y renovado contenido, han surgido en los últimos años iniciativas para darle un nombre más acorde con su naturaleza o sustancia actual, por ejemplo, derecho transnacional”. Esta conferencia magistral ha sido publicada en la *Revista del Foro* (véase nota 5), bajo el título de “El derecho a vivir y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”.

sión. El problema es realmente interesante si se tiene en cuenta el nivel internacional de tal declaración y merece un tratamiento más exhaustivo.¹³ En este contexto, ¿hasta qué punto puede considerarse que la norma contenida en el artículo 249 del código comprendido dentro de los delitos financieros, roza con la libertad de prensa?

Los delitos de violación de las libertades de reunión, de trabajo y de expresión, comprendidos entre los delitos contra la libertad que estamos comentando, tienen también fundamento constitucional, artículo 2º, incisos 10 y 4 de la Constitución Política, e inciso 13 del mismo artículo 2º, 42 y siguientes de la misma carta fundamental.

Es oportuno subrayar en el título V, “Delitos contra el patrimonio”, la denominación de receptación, delito considerado anteriormente como encubrimiento y la inclusión del “fraude en la administración de personas jurídicas” comprendiéndose diversas modalidades de actos delictuosos que pudieran cometer fundadores, miembros del directorio, gerentes u otros, en perjuicio de la misma persona jurídica o de terceros, como son ocultación de datos, fraguar balances, malos manejos económicos y la llamada contabilidad paralela, hechos éstos no considerados en el Código Penal anterior de 1924.

También hay innovación en el título VI bajo el rubro de “Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios” que se extiende a tres capítulos, el I sobre quiebra, el II sobre usura y el III rubricado Libramientos indebidos, relativo este último al giro de cheques sin la correspondiente provisión de dinero. Son dos las modificaciones importantes: considerar los delitos relacionados con la quiebra independientemente de los delitos contra el patrimonio, como sí lo era en el código derogado y hacer hincapié en el bien jurídico tutelado, cual es la confianza y la buena fe en los negocios, resaltándose así, acertadamente, la validez de la honestidad en las operaciones económicas.

La exposición de motivos enfatiza el título VII del código dedicado a los delitos contra los derechos intelectuales y que comprende dos capítulos, el I de los delitos contra los derechos de autor y conexos y el II, delitos contra la propiedad industrial, recordando que existe una base constitucional, cual es el artículo 129 de la carta fundamental que expresamente lo determina, además del artículo 2º, inciso 6.

¹³ En la publicación *Guía de los derechos humanos*, de Jordi Beltrán y Antonio Roig, España, Selecciones Gráficas Madrid, se trata el tema en las pp. 81 y ss.

En igual sentido, el título VIII del código que trata de los delitos contra el patrimonio cultural, con fundamento constitucional expreso en el artículo 36 de la carta magna, comprendido en el capítulo IV, “De la educación, la ciencia y la cultura” del título I, “Derechos y deberes fundamentales de la persona”.

Al referirse al título IX del nuevo código, “Delitos contra el orden económico”, la exposición de motivos inicia su sustento con una frase contundente: “La ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden”,¹⁴ incidiendo también en el basamento constitucional, conformado en este caso, entre otros, por los artículos 110, régimen económico fundamentado en principios de justicia social y en la promoción del desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad; 112 que garantiza el pluralismo económico y 133 que prohíbe los monopolios, oligopolios, acaparamientos y otras actividades ilícitas, pues el bien jurídico protegido en estos casos es la libre competencia.

Es similar la situación que se presenta con relación al título X, “Delitos contra el orden financiero y monetario”, con base en los artículos 153, 154 y 155 constitucionales, señalando la exposición de motivos en su parte pertinente que “el sistema financiero constituye así la columna vertebral que sostiene la actividad económica del Estado”.¹⁵ Ya hemos hecho referencia anteriormente al artículo 249 comprendido en este capítulo I del título X, en relación con la libertad de prensa. Otra innovación es la que se refiere al capítulo II del mismo título X denominada “Delitos monetarios” y referida a la fabricación indebida de la moneda o la alteración de la misma y que en el código derogado estaba comprendida dentro de la falsificación de moneda, pero dentro de los delitos contra la fe pública, siendo así que los artículos 148 y 149 de la carta otorgan esa atribución, obviamente con el carácter de exclusividad, al Banco Central de Reserva del Perú.

El título XI es dedicado a los delitos tributarios, comprendiendo el contrabando, la defraudación fiscal y la elaboración y comercio clandestino de productos, refiriéndose la exposición de motivos al artículo 77 constitucional, según el cual, “todos tienen el deber de pagar los tributos que les correspondan y de soportar equitativa-

¹⁴ Código Penal, nota 2, p. 12.

¹⁵ *Ibid.*, p. 13.

mente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”.

El título XII del nuevo código es dedicado a los delitos contra la seguridad pública, incluyendo los delitos de peligro común, aquellos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos y en el capítulo III los delitos contra la salud pública y que comprende dos secciones: la primera denominada “Contaminación y propagación” y la segunda el “Tráfico ilícito de drogas”, este último que anteriormente era materia de una ley especial, ahora considerado dentro de los delitos contra la salud pública que es el bien jurídico protegido. Lo interesante de esta legislación resulta el artículo 299 según el cual quien posee droga en dosis personal para su propio consumo está exento de pena, debiendo el juez tener en cuenta para determinar la dosis personal ciertos criterios como la correlación peso-dosis, la pureza y la aprehensión de la droga, para lo cual se requiere sin duda la pericia de expertos en la materia. Conviene recordar en este acápite el segundo párrafo del parágrafo g) del inciso 2º del artículo 2º de la Constitución Política que enfatiza la gravedad de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

El título XIII establece una de las innovaciones más importantes en la legislación sustantiva penal peruana, al incorporar los delitos contra la ecología, los mismos que detalla en su capítulo único, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”. Como bien lo señala la exposición de motivos, este rubro tiene fundamento constitucional a través de los artículos 118, 119 y 123 especialmente este último cuyo texto no deja lugar a dudas: “Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”. Así las cosas, “El medio ambiente constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo”.¹⁶ Se trata, reiteramos de *adecuar la legislación a una realidad que está ante nuestros ojos y que debe ser regulada*. Y algo más a este respecto: lo primero, que ya existía legislación sobre este punto mediante el decreto

¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

legislativo 611 que aprobó el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales y lo segundo, enfatizar la gravedad de la regla contenida en el artículo 314 del Código Penal analizado, según el cual, "El juez penal, ordenará como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal de que se trate". Incidimos especialmente en este aspecto, por la interesante doctrina que viene evolucionando sobre las medidas cautelares, en especial las llamadas innominadas, sujetas al arbitrio jurisdiccional y que bien administradas, no sólo confirman el carácter directriz que todo juez civil actual debe imprimir al proceso, sino que puede evitar situaciones irremediables en algunos casos o notoriamente injustas en otros.¹⁷

El título XIV del nuevo código se refiere a los delitos contra la tranquilidad pública comprendiendo en el capítulo I los delitos contra la paz pública y en el II al terrorismo, señalando a este respecto la exposición de motivos que se trata de preservar el Estado democrático y social que establece nuestra Constitución, siendo de destacar la norma del artículo 324 que prevé la figura del arrepentimiento y que según los casos puede llevar a la exención o a la reducción de las penas. Las características peculiares de ésta, relativamente nueva figura delictiva, sustentan aquella solución.

Asimismo induce a reflexión el artículo 316, que podría colisionar teóricamente, en su aplicación, con la libertad de prensa, en comentario similar al realizado con ocasión del artículo 249, comprendido en los delitos financieros. Por lo demás, de acuerdo a la primera disposición final y transitoria del código, mantiene su vigencia la Ley 25103, una de las normas especiales sobre terrorismo, en todo lo que se oponga al código.

El título XVIII trata de los delitos contra la administración pública y trae la novedad de diferenciar los delitos cometidos por particulares de aquellos cometidos por funcionarios públicos. Dentro de éstos, el artículo 379 referido a la oposición, a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad, *o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial* (el subrayado es nuestro), nos trae a la memoria la forma en que la doctrina procesal actual está con-

¹⁷ Tal fue uno de los puntos considerados en el temario de las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Río de Janeiro en mayo de 1988 con el nombre de "Medidas cautelares innominadas", siendo ponentes los doctores Aristides Rengel Romberg de Venezuela y Egas Dirceu Moniz de Aragao de Brasil.

legislativo 611 que aprobó el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales y lo segundo, enfatizar la gravedad de la regla contenida en el artículo 314 del Código Penal analizado, según el cual, "El juez penal, ordenará como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal de que se trate". Incidimos especialmente en este aspecto, por la interesante doctrina que viene evolucionando sobre las medidas cautelares, en especial las llamadas innominadas, sujetas al arbitrio jurisdiccional y que bien administradas, no sólo confirman el carácter directriz que todo juez civil actual debe imprimir al proceso, sino que puede evitar situaciones irremediables en algunos casos o notoriamente injustas en otros.¹⁷

El título XIV del nuevo código se refiere a los delitos contra la tranquilidad pública comprendiendo en el capítulo I los delitos contra la paz pública y en el II al terrorismo, señalando a este respecto la exposición de motivos que se trata de preservar el Estado democrático y social que establece nuestra Constitución, siendo de destacar la norma del artículo 324 que prevé la figura del arrepentimiento y que según los casos puede llevar a la exención o a la reducción de las penas. Las características peculiares de ésta, relativamente nueva figura delictiva, sustentan aquella solución.

Asimismo induce a reflexión el artículo 316, que podría colisionar teóricamente, en su aplicación, con la libertad de prensa, en comentario similar al realizado con ocasión del artículo 249, comprendido en los delitos financieros. Por lo demás, de acuerdo a la primera disposición final y transitoria del código, mantiene su vigencia la Ley 25103, una de las normas especiales sobre terrorismo, en todo lo que se oponga al código.

El título XVIII trata de los delitos contra la administración pública y trae la novedad de diferenciar los delitos cometidos por particulares de aquellos cometidos por funcionarios públicos. Dentro de éstos, el artículo 379 referido a la oposición, a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad, *o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial* (el subrayado es nuestro), nos trae a la memoria la forma en que la doctrina procesal actual está con-

¹⁷ Tal fue uno de los puntos considerados en el temario de las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Río de Janeiro en mayo de 1988 con el nombre de "Medidas cautelares innominadas", siendo ponentes los doctores Aristides Rengel Romberg de Venezuela y Egas Dirceu Moniz de Aragao de Brasil.

siderando la necesidad de la efectivización de la sentencia, incluso como un conformante del llamado debido proceso, para hacer realidad la validez del proceso y la autoridad del órgano jurisdiccional. De allí la necesidad de que la sentencia, cualesquiera que sea, debe ser la expresión de un proceso bien llevado y de una labor honesta del juez pues sólo así puede tenderse a la paz social verdadera, fin último e indesligable del proceso. Cumplir la sentencia por convicción y no sólo por obligación.

El capítulo III de este mismo título XVIII legisla sobre los delitos contra administración de justicia y comprende tres secciones, la primera de ellas, los delitos contra la función jurisdiccional. De ellos cabe destacar el artículo 402 y también el segundo párrafo del artículo 409, ambos referidos a denuncias calumniosas y que podrían considerarse como modalidades, obviamente calificadas y con penas infinitamente más graves, de la regla general del artículo 131 que se refiere a la calumnia, digamos genérica y que sólo es reprimida con noventa a ciento veinte días-multa. También merece comentario el artículo 410 y que si bien es cierto es la expresión, incluso con el mismo léxico, del inciso 2 del artículo 233 de la Constitución, como garantía de la administración de justicia, pues en ocasiones podría bastar la presentación ante un juez de una demanda o de una denuncia para alegar que ya se está ante la autoridad jurisdiccional y evitar de este modo una investigación administrativa, culminando en la realidad con una impunidad o en una dilación, ambas perjudiciales e incluso riesgosas para una correcta administración de justicia, que debe ser siempre equilibrada y siempre ponderada.

Es interesante acotar la norma del artículo 417 referida a la justicia por mano propia y cuyo texto es conveniente transcribir: “El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas”. Lo primero que nos viene a la memoria al comentar este artículo es el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”. La antedicha regla del nuevo Código Penal del Perú sugiere varias reflexiones: en primer lugar el solo hecho de incluir esta regla, está reconociendo la posibilidad de que su previsión ocurra en la realidad. Todas las obras de derecho procesal inician su texto

con referencias históricas relativas a la forma en que el proceso se fue configurando como el medio necesario para que un tercero, en la época actual la jurisdicción, definiera un conflicto entre dos o más personas. Ya debía estar pues totalmente erradicada la posibilidad de la justicia por mano propia. Y sin embargo sabemos que siempre han existido rezagos de ella, aunque con denominaciones jurídicas, como la legítima defensa, la recuperación posesoria y otros. La incorporación del adverbio “arbitrariamente” al texto del artículo 417 nos aliente más aún a este análisis, pues *contrario sensu*, si no es arbitrariamente, sí cabría la justicia por sí mismo, siendo entonces procedente preguntarse en qué casos podría ocurrir ello. Como se ha dicho en otras ocasiones, la dificultad en el acceso a la justicia puede originar un sistema de justicia paralelo o informal, incluso la llamada justicia vecinal, que suplente al sistema formal, aun sin culpa del peticionario, que no puede acceder a aquélla por múltiples razones. No está lejos de esta realidad el tratamiento de la participación de los legos en la administración de justicia, tema incluido en la agenda del IX Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Portugal en agosto de 1991 y al que el autor aportó varias ponencias, entre ellas una referida específicamente al punto mencionado.¹⁸ A lo dicho debe agregarse la levedad de la pena prevista para estos casos.

Siempre dentro de los delitos contra la administración de justicia encontramos en el artículo 418 el prevaricato, identificado con la expedición de una resolución o dictamen “contrarios al texto expreso y claro de la ley o citando pruebas inexistentes o hechos falsos o apoyándose en leyes supuestas o derogadas”. Este delito es común seguramente a todos los códigos penales y no se puede discutir su aceptación en la doctrina y su unanimidad en la legislación. Sin embargo, no está de más acotar que su malintencionada aplicación podría rozar con la independencia judicial o con la interpretación personal que un juez, en ejercicio de la jurisdicción que detenta, puede realizar de determinada norma. Reiterando nuestro pensamiento expuesto muchas veces sobre este tema, somos de opinión que la independencia judicial tiene como base mucho más la honradez funcional y la ética personal del juez, que cualquier norma que la legisle o se refiera a ella. Baste recordar al efecto que un magis-

¹⁸ Tal ponencia se tituló: “El rol de los participantes legos en el litigio (incluyendo procedimientos alternativos), cuyos ponentes generales fueron los profesores Staley (Bulgaria), Morello (Argentina) y Aguda (Nigeria).

trado superior al procesado por prevaricato, también, al resolver una causa, refleja su particular criterio al aplicar o interpretar la disposición legal, por lo que, insistimos, es en la honestidad del juez donde debe encontrarse la base de la verdadera independencia judicial.

Igual puede decirse de los artículos 420 y 421, pues nada impide en la práctica que el juez, fiscal o abogado deshonesto, no aparezca directamente en un proceso, pero sí otra persona a quien aquel dirija o patrocine. ¿Cómo se puede evitar esta posibilidad? Sólo con la ética funcional y personal del magistrado o del abogado.

Manteniendo la clásica distinción entre delitos y faltas, el libro tercero del nuevo Código Penal legisla sobre las faltas, cuya competencia corresponde a los jueces de paz, comprendiéndose las faltas contra la persona, contra el patrimonio, contra las buenas costumbres, contra la seguridad pública y contra la tranquilidad pública, siendo de anotar que en este último caso, en sus siete incisos y en ocasiones, puede no resultar sencillo o fácil, el deslindar con precisión, entre el delito y la falta.

En los comentarios finales del nuevo Código Penal del Perú debemos destacar que han sido suprimidos los delitos de riña, duelo, adulterio y piratería marítima que estaban considerados en la legislación anterior y cuya supresión se debe, según la exposición de motivos, a que “para que una conducta constituya delito, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Y que en estos casos no se vulnera bienes jurídicos”.¹⁹

En el mismo sentido ha de recalcarse la proscripción (término utilizado en la exposición de motivos en el nuevo Código) de los institutos penales de la reincidencia y habitualidad.

Los fundamentos de aquélla para sustentar esta eliminación son contundentes en su texto. Veamos algunos: “Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo. La comisión revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás debidamente ejecutadas”. Y agrega “dentro de este razonamiento castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha

¹⁹ Separata citada en la nota 2, p. 14.

satisfecho, conlleva una violación del principio *non bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito) el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233, inciso 11 de la carta política”.²⁰

Ya no existe más pues legalmente en el Perú la “reincidencia y hábito de delito” que con esta denominación cubría el título XIV del libro primero, “Disposiciones generales”, del Código Penal anterior y cuyas reglas elevaban o agravaban significativamente las penas a imponerse a los delincuentes primarios, esto es, sin antecedentes, desapareciendo también, por inoperante, la distinción entre reincidencia y reiterancia.

Finalmente es necesario mencionar que no obstante la corta vigencia del Código Penal comentado, promulgado como se ha visto, por el Decreto Legislativo 635 del 3 de abril de 1991, ya ha sido materia de una legislación determinada que lo modifica o complementa, destacando en ella las disposiciones siguientes:

Decreto Legislativo 736 del 8 de noviembre de 1991 que incorpora a la sección II, capítulo III y título XII del código, esto es a la legislación correspondiente al tráfico ilícito de drogas, dos artículos, el 296-A y el 296-B; el primero amplía los supuestos delictivos contenidos en el numeral 296 primitivo, comprendiendo en ellos, la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, así como el que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias. Y el segundo (296-B) sanciona al que interviene en el proceso de blanqueado o lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas, bajo cualquier modalidad, agravándose la pena si el agente fuera miembro del sistema bancario o financiero y suprimiéndose la reserva o secreto bancario o tributario, la cual puede ser levantada a solicitud del Ministerio Público, de oficio o a petición de parte y asegurándose que la información obtenida sólo será utilizada en relación con la investigación financiera de los hechos previstos como tráfico ilícito de drogas y/o su vinculación con el terrorismo.

Decreto Legislativo 747 del 8 de noviembre de 1991 que modifica el artículo 404 del código, el mismo que tipifica como delito la sustracción a una persona de la persecución penal o de la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, siendo

²⁰ *Ibid.*, p. 14.

circunstancia agravante si aquel a quien se sustrae es autor de los delitos contra la seguridad y tranquilidad públicas contra el Estado y la defensa nacional o contra los poderes del Estado y el orden constitucional, extendiendo el presupuesto delictivo, el citado Decreto Legislativo 747 si aquel a quien se sustrae es autor del delito de tráfico ilícito de drogas.

Ley 25384 del 30 de diciembre de 1991, cuyo artículo único establece que, “la exención y reducción de las penas previstas en los artículos 20 y 21 del Código Penal son aplicables a los partícipes de los delitos previstos en las secciones II, III y IV del capítulo II del título XVIII del libro segundo del código (concusión, peculado y corrupción de funcionarios), siempre que no sean funcionarios públicos comprendidos en el artículo 183 de la Constitución Política del Perú (presidente de la República, miembros de ambas cámaras, esto es senadores y diputados, ministros de Estado, miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Garantías Constitucionales, y a los altos funcionarios de la república que señala la ley), cuando proporcionen información eficaz respecto de tales delitos y de sus autores al Ministerio Público o al Poder Judicial. La pena puede ser reducida hasta dos tercios por debajo del mínimo legal, eximida o remitida, según la importancia de la información”.

En vía de necesaria actualización, conviene mencionar que por Ley 25399 promulgada por el Congreso y no por el Poder Ejecutivo en aplicación del artículo 193 constitucional, han sido derogadas las dos primeras normas citadas, esto es, los decretos legislativos 736 y 747.

III. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ

El comentario de este código no puede iniciarse con una referencia similar al cuerpo legal anterior tal como se ha hecho con el Código Penal. La razón estriba en que el código al que sustituye el reciente, se denomina Código de Procedimientos Penales, promulgado en 1940, el mismo que a su vez sustituyó al Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920. Es interesante advertir la secuela de tales denominaciones. La de 1920 manteniendo los términos de “procedimientos” y “criminal”, y la de 1940 la de “procedimientos”, corresponden a épocas ya superadas y es por ello que el primer acierto del novísimo código es utilizar el término “proce-

sal penal”, remitiendo su contenido a la palabra “proceso” en vez de “procedimiento”, con lo que acoge desde su mismo nombre la orientación que en este aspecto nos ofrece la doctrina actual.

Así pues, el Código Procesal Penal fue promulgado por el Decreto Legislativo 638 del 25 de abril de 1991 y si bien es cierto que su artículo 2º difiere su vigencia hasta el 1º de mayo de 1992, salvo determinados artículos, un Decreto Legislativo expedido posteriormente y que en su oportunidad comentaremos, posterga su vigencia hasta el 1º de mayo de 1994, lo que no obsta a su comentario por la importancia que tiene, por la polémica jurídica que ha traído consigo y por lo que significa de avance en la legislación peruana, además de que ya se encuentran vigentes algunos artículos, a saber, “el principio de prescripciones destinadas a la descongestión de los establecimientos carcelarios y a la limitación de los supuestos para la restricción de la libertad del imputado (artículo 135), motivación de la detención (artículo 136), libertad por exceso de detención (artículo 137), supuestos de conversión de la comparecencia (artículos 143 al 145), y a la libertad provisional (artículos 182 al 188), pues es objetivo del gobierno garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, mediante un efectivo control social”, como reza el segundo considerando del mencionado Decreto Legislativo que promulgó el código, aunque con vigencia postergada.

Se trata pues, de destacar las modificaciones más relevantes admitidas por el nuevo código en relación con el Código de Procedimientos Penales de 1940 y los logros más importantes alcanzados de acuerdo a la doctrina procesal penal actual, en conformidad con la realidad peruana.

Tal como lo expusimos al comentar las razones que determinaron la dación del nuevo Código Penal del Perú, tienen la misma naturaleza que inspiran toda reforma legal, a saber, la urgencia de adaptación a las nuevas formas sociales, la conveniencia de coger las tendencias doctrinales del momento y el inevitable decaimiento que sufre todo cuerpo legal por el simple transcurso del tiempo. En este contexto veamos lo que dice el primer párrafo de la exposición de motivos del Código Procesal Penal: “La sociedad en su evolución obliga a las naciones a regular sus normas de acuerdo a las necesidades colectivas y a los fines que se estiman indispensables para la supervivencia del Estado. Por eso las leyes y los códigos no se modifican siempre por ocurrencia de los legisladores o decisiones políticas interesadas, ni por afán de imitar a otros pueblos, sino en

su mayor proporción por requerirlo así las exigencias sociales. Como toda construcción social, la ley tiene que cambiar con el tiempo ai compás también de las valoraciones éticas predominantes, de la mayor o menor importancia que en un momento dado se da a ciertos valores y a los progresos de la ciencia jurídica”.²¹

Según la exposición de motivos mencionada, desde hacía mucho tiempo el país venía reclamando una restructuración del ordenamiento procesal penal y que las modificaciones realizadas no han resuelto el problema de la congestión procesal y carcelaria, atribuyendo esta situación al sistema mixto adoptado por el Perú desde el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 y que el código de 1940 mantuvo. “En realidad lo único que logró el código del 40 fue adoptar la norma procesal al Código (Penal) de 1924 y a la Constitución de 1933”.²²

¿Y en qué consiste ese sistema mixto? Pues en la existencia de “dos periodos distintos que corresponden, el primero a la investigación previa y escrita del sistema inquisitivo y el segundo, al juicio propiamente dicho, que de acuerdo con el acusatorio ha de ser oral y público. La constitución del sistema mixto que trasciende a las más variadas y profundas corrientes, alcanza una suprema unidad que lo destaca como la más grande conquista del procedimiento penal moderno”.²³

Tal se decía para justificar ese sistema en el Código de Procedimientos Penales de 1940. Sistema que hoy, en 1991-1992, es objeto de duras críticas en la exposición de motivos que sustenta el nuevo Código Procesal Penal, al referirse a los problemas que trajo consigo la adopción del sistema mixto en el Perú por el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, continuada por el Código de Procedimientos Penales de 1940, entre los que se cuentan la duración prolongada e injustificada de los trámites judiciales, el hacinamiento carcelario que es su consecuencia directa, afirmándose que “entre el 70% al 80% de la población penal del Perú no tiene sentencia”,²⁴ incluso las primeras comisiones que se constituyeron para alcanzar la reforma del procedimiento penal “coincidieron en señalar terminantemente que el mantenimiento del juicio oral por

²¹ Código Procesal Penal, nota 21, p. 4.

²² Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 638, publicación del diario oficial *El Peruano*, 27 de abril de 1991, p. 1.

²³ *Ibid.*, p. 2.

²⁴ Código de Procedimientos Penales, por Fernando Guzmán Ferrer, 3a. ed., Lima, Librería e Imprenta Gil, 1947, pp. 7 y 8.

el tribunal correccional (sala penal) para todos los procesos, había traído como consecuencia la impunidad de la mayor parte de los delitos, porque al producirse la congestión de causas y al no poder el tribunal atender todas, la suerte de muchas había sido la prescripción y con ella la impunidad”.⁴⁵

En consecuencia, el sistema mixto que viene rigiendo con el Código de Procedimientos Penales de 1940 y que consiste concretamente en una etapa investigatoria a cargo de un juez instructor denominada “instrucción” y en otra en la que se juzga y se condena o absuelve, el llamado “juicio oral”, es recusado en la exposición de motivos del nuevo Código Procesal Penal, al sostener que la instrucción ya no tiene razón de existir en nuestro proceso, pues se inspira en los lineamientos del principio inquisitivo al ser reservada y no permitirse que se desarrolle en público, sistema cuya validez ya nadie reconoce, pues la tendencia general es adoptar el sistema acusatorio modernizado. La misma exposición de motivos recuerda que la Constitución Política admite dos principios fundamentales del sistema acusatorio: la publicidad del juicio y la presunción de inocencia, previstas respectivamente en los artículos 233, inciso 3, y 2º, inciso f) de la carta magna.

En definitiva, “Desautorizada la institución [se refiere a la etapa de la instrucción] 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”.²⁶

El título preliminar del código contiene los principios fundamentales. Así, el artículo I, hace referencia a los órganos jurisdiccionales y también a la instancia plural, garantía constitucional prevista en el artículo 233, inciso 18, de la carta. El segundo párrafo del artículo I menciona la independencia judicial, cuyo concepto en nuestra opinión ya hemos expresado al comentar el nuevo Código Penal, así como la igualdad procesal, que sí es posible cuando el proceso está en manos de jueces eficientes e idóneos, no sólo intelectual sino también moralmente. El artículo II de este título preliminar invoca el debido proceso, sobre el cual tanto se ha hablado y escrito y que puede resumirse en algo así como: llevar el proceso con honestidad, tratando a las partes igualmente e indagando por la verdad

²⁵ *Ibid*, p. 5.

²⁶ *Ibid.*, p. 10.

para hacer justicia, para reivindicar la paz social. Igual comentario cabe para el artículo III cuando señala el “proceso legalmente realizado” en el contorno de la presunción de inocencia que ya hemos analizado. Un comentario más: el proceso es y seguirá siendo el concepto fundamental del derecho procesal, cuya denominación es justamente a su mejor expresión. El artículo IV del título preliminar ratifica la validez del principio *nom bis in idem*, previsto también en el artículo 233, inciso 11 de la Constitución, con la excepción del recurso de revisión previsto en el segundo párrafo de este artículo IV y desarrollado en los artículos 363 y siguientes, el mismo que trae una novedad digna de destacarse: incluir dentro de la posibilidad del recurso de revisión, al que puede definirse como “un medio impugnativo extraordinario que habilita a reclamar judicialmente dentro de un determinado plazo y en determinadas circunstancias taxativamente establecidas por la ley, la revocación de una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada”,²⁷ a las sentencias absolutorias, siendo así que hasta los últimos tiempos las diversas legislaciones, incluido el Código de Procedimientos Penales de 1940 del Perú, sólo consideraban posible del recurso de revisión a las sentencias condenatorias. Una de las voces que se levantó para que se incluyera también en esta posibilidad a las sentencias absolutorias fue la de Devis Echandía al expresar: “Consideramos que pese a la tradición que al respecto existe, no se justifica la limitación de esta revisión extraordinaria a las sentencias condenatorias; creemos que cuando la sentencia absolutoria haya sido el producto de colusiones, fraude, pruebas falsas, debe proceder también este recurso extraordinario para que no quede inmutable ese resultado, pues existe la misma razón en ambos casos; resulta injurídico que la habilidad para la mala fe en la producción de pruebas falsas o el delito de colusión puedan servir de fundamento para la inmutabilidad de la absolución así conseguida”.²⁸ La figura jurídica del recurso de revisión o la acción revocatoria como se le llama en algunas legislaciones es por demás interesante y trae consigo el eterno dilema de la seguridad jurídica o de la mejor justicia, tan certeramente planteado

²⁷ *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Fundación de Cultura Universitaria, núm. 3/90, p. 459. En el artículo denominado “El recurso de revisión y la acción revocatoria en el Código General del Proceso”, por Santiago Pereira Campos, refiriéndose al Código de Uruguay.

²⁸ Devis Echandía, Hernando, *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, Bogotá, editorial ABC, 1981, p. 23.

por Couture: ¿Muchos recursos o pocos recursos? En el proceso civil es admitido en muchas legislaciones, incluso las antiguas como en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881 a través de los artículos 1976 y siguientes, y por lo demás ha sido tratado en diversos congresos como en las X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Bogotá en agosto de 1986 y a las cuales el autor aportó una ponencia sobre el tema.²⁹ Tal como decíamos en esa ocasión, en el fondo de este recurso no debemos encontrar sino “la expresión de la eterna lucha del ser humano por llegar a la justicia”.

El artículo V del título preliminar comentado consagra la nueva orientación del proceso penal peruano, al encomendar al Ministerio Público, “la responsabilidad del ejercicio público de la acción penal y el deber de la carga de la prueba”, además de la dirección de la investigación que ha de ejercer con iniciativa y autonomía, aclarando el texto de ese artículo que los actos que realiza el Ministerio Público no constituyen función jurisdiccional, la misma que sólo puede efectuar el juez, lo que se confirma en los artículos VI y VII a través de la expedición de las sentencias o resoluciones y de los mandatos de detención que sólo el juez puede dictar. Ya no existe más pues en el Perú, desde la vigencia del Código Procesal Penal, la actual instrucción a cargo del juez, sino la investigación por cuenta del Ministerio Público. Modificación trascendental de enfoque que sólo el transcurso del tiempo podrá evaluar y determinar sus ventajas y aspectos críticos.³⁰

El artículo VIII de este título preliminar consagra el derecho de defensa, inviolable e irrestricto, con base en los artículos 2º, inciso 20, parágrafo h), y 233, inciso 9, de la Constitución Política.

El artículo IX confirma la naturaleza de orden público de la ley procesal penal, así como la validez del principio *in dubio pro reo*, como lo hace el segundo párrafo del artículo 187 de la Constitución y el inciso 7 del artículo 233 de la misma carta.

Finalmente, el último artículo del título preliminar, el X, garan-

²⁹ Parodi Remón, Carlos, “El recurso extraordinario de revisión en materia civil y laboral”, aporte a las X Jornadas, publicado en la revista *El jurista*, de la Facultad de Derecho de la Universidad “San Martín de Porres”, año 1, núm. 1, enero 1991, pp. 39 y ss.

³⁰ Precisamente una de las razones que se ha esgrimido para justificar la postergación de la vigencia del Código Procesal Penal es la necesidad de dotar al Ministerio Público de la infraestructura y condiciones mínimas para que pueda ejercer adecuadamente las nuevas funciones que se le encomienda.

tiza la indemnización a que está obligado el Estado en los casos de errores judiciales y detenciones ordenadas o mantenidas de manera arbitraria o negligente, supuestos ya previstos en los incisos 5 y 16 del artículo 233 de la Constitución Política y que han sido debidamente reglamentados mediante la Ley 24973 del 28 de diciembre de 1988, la que en sus artículos 2º y 3º respectivamente, contempla ambos casos, esto es la detención arbitraria y el error judicial.

Como consecuencia natural del cambio del sistema y también de la terminología, igualmente se modifica la estructura del Código Procesal Penal con relación al Código de Procedimientos Penales de 1940. Así, el libro I se dedica a la acción penal, señalando el artículo 1º que es de naturaleza pública y que su ejercicio corresponde al Ministerio Público, salvo los casos exceptuados por ley. El artículo 2º es otra de las expresiones del Código totalmente innovadoras con relación a la legislación anterior al admitir que el Ministerio Público con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en determinados casos que el mismo numeral puntualiza, previéndose asimismo obviamente la necesidad de un acuerdo con la víctima. La facultad que este artículo 2º confiere al Ministerio Público es una derivación del derecho que la ley le acuerda como director de la investigación y que se confirma en el artículo 3º, el mismo que excluye de aquélla, la investigación que el Ministerio Público realiza como Defensor del Pueblo, funciones éstas, específicas, que la Constitución otorga a aquél según lo dispone el artículo 250, inciso 4 de la Constitución Política. El artículo 5º se refiere a la cuestión previa (requisito de procedibilidad) y el artículo 6º a la cuestión prejudicial, el mismo que contiene un interesante caso de sustitución procesal, pues el Ministerio Público puede sustituir al titular de la acción extrapenal, ya que depende de ésta la prosecución o el sobreseimiento del proceso penal.

El artículo 8º señala las excepciones que pueden deducirse, algunas de las cuales requieren un comentario taxativo. Así, el inciso 2 menciona la excepción de “improcedencia de acción”, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. Es indudable que esta conceptualización del término “acción” no tiene la connotación que sí alcanza en el ámbito civil, pues en lo penal prácticamente se le confunde con el fondo del asunto al citar al hecho “que no constituye delito”, tal como lo considera la jurisprudencia al incluir esta posibilidad en la excepción de naturaleza de juicio prevista en el artículo 5º del Código de Procedimientos Pe-

nales de 1940 y en el que no se consideraba la excepción de improcedencia de acción. Una feliz evolución de este concepto en el campo civil lo ha llevado a diferenciarlo de la “pretensión”, habiéndose publicado obras específicas sobre el tema.³¹

Otro comentario pertinente en relación con el artículo 8º proviene del inciso 3 que se refiere a la excepción de cosa juzgada, como derivación de “una resolución firme nacional o extranjera, recaída con las garantías del debido proceso seguido contra la misma persona”, no sólo por la mención que se hace de este último concepto con todo lo que ello significa, sino porque prevé expresamente la posibilidad de que se trate de una sentencia extranjera, graficando la tendencia que exhibe la doctrina actual en el sentido de eliminar paulatinamente las trabas que pudieran existir para el reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros. En los últimos congresos de la especialidad ha sido consagrada dicha tendencia,³² por ejemplo al comentarse el Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

En el título II del libro I se legisla sobre la jurisdicción y competencia, determinándose ésta por razón del territorio, la materia y la conexión, de las cuales sólo la primera es prorrogable conforme al artículo 20.

Ya en esta parte inicial del código, al establecerse la competencia por razón de la materia —tanto en la Corte Suprema como en las salas penales de las cortes superiores, los jueces penales y los jueces de paz, respecto de los cuales y según las instancias, se establecen los recursos de apelación elemental, de apelación superior y de apelación suprema, como lo precisa el artículo 339— se advierte otra de las modificaciones esenciales con la nueva legislación, pues era mediante el llamado recurso de nulidad que podía recurrirse contra las resoluciones de los tribunales correccionales y elevarse los autos a la Corte Suprema de Justicia, en los casos estatuidos en el artículo 292 del código de 1940, aún vigente como se ha visto. Igual cosa sucede en el campo civil de acuerdo al artículo 1127 del Código de Procedimientos Civiles. La mejora en la técnica procesal es evi-

³¹ Por ejemplo, *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual*, del argentino Ricardo Reimundín, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía (editor).

³² Tal ocurrió en el Congreso Internacional celebrado en Roma del 26 al 28 de septiembre de 1988, uno de cuyos temas fue “Medidas procesales para resolver controversias con elementos internacionales” y al cual el autor aportó la ponencia respectiva. Tomo publicado al respecto, “Relazioni”, pp. 441 y ss.

dente, pues bien se sabe que la apelación incide en el fondo del asunto y la nulidad en el aspecto formal, por lo que la nueva terminología, deberá adecuarse también a la que se establezca para el proceso civil.

Conviene aclarar que la figura del concurso procesal de delitos prevista en el artículo 28 y referida a trámites procesales diferentes, tiene distinta connotación al concurso ideal de delitos y al concurso real de delitos, ambos del ordenamiento sustantivo penal y contemplados respectivamente en los artículos 48 y 50 del nuevo Código Penal.

La declinatoria de competencia prevista en los artículos 29 y siguientes (denominación que sustituye con ventaja a la conocida excepción de incompetencia), incluye la que corresponde al Ministerio Público dentro del nuevo sistema, como se confirma en los artículos 370-372. Igual cosa se advierte en la transferencia de competencia y en lo que se refiere a las atribuciones que en este ordenamiento se reconoce al Ministerio Público y que se anota, además, en los artículos 45, 83, 111, 113 y 114.

El título III del libro I trata de los sujetos procesales, comprendiendo entre ellos al juez penal, el Ministerio Público, el imputado (conjuntamente con su abogado defensor), el actor civil y el tercero civilmente responsable, considerados en otros tantos capítulos. La denominación de sujetos es correcta de acuerdo con la doctrina que así considera a las partes procesales, entendiéndose que lo son de la relación jurídica procesal. (En el proceso civil, como se sabe, son partes todos los sujetos de la relación jurídica procesal, así no hayan sido considerados como demandantes o demandados.) Es igualmente acertado considerar al juez penal y al Ministerio Público como sujetos de la relación procesal, pues el concepto del proceso ha evolucionado hasta considerársele como un conjunto de actos orgánicos y coherentes, en el que *todos* buscan la verdad para hacer justicia. No están más unos contra otros sino que todos aquellos que intervengan en él tienen un fin común que es el propuesto. La limitación de las partes procesales al demandante y demandado en lo civil y a denunciante y denunciado en lo penal, hace tiempo que ha quedado diminuta en orden a la nueva concepción del proceso y a su supremo objetivo, cual es la paz social.

Otro comentario que merece este rubro es el relativo a las facultades que se confiere al abogado defensor en el ejercicio de su labor profesional y que están detalladas en el artículo 80, incluyendo la

presentación de peticiones por sí mismo y la interposición de excepciones y recursos impugnatorios.

Se entiende asimismo que el apercibimiento señalado en el primer supuesto del artículo 69, debe interpretarse restrictivamente si se trata de la declaración del imputado (artículos 118 y siguientes).

Finalmente cabe destacar la nueva denominación que se da a quien era la “parte civil” y que en el nuevo código será “actor civil” (artículos 82 y siguientes).

El libro segundo del Código Procesal Penal legisla sobre la investigación, que en el nuevo sistema la lleva a cabo el fiscal y no el juez como en el otro sistema, aún vigente, en la llamada instrucción. La investigación, al igual que hoy la instrucción, tiene carácter reservado y es de destacar la legitimación que el artículo 103 reconoce, tanto para interponer denuncias como para constituirse en actores civiles, a los organismos no gubernamentales inscritos y reconocidos como tales cuya finalidad sea la defensa de los derechos humanos, tema éste profusamente tratado en la época actual, como una forma de acercar el derecho al ser humano y respetar a éste en sus derechos elementales que le son inherentes a tal condición y que es materia de numerosos certámenes de la especialidad.³³ El tema de los derechos humanos es vuelto a tratar por el código en el artículo 132 cuando hace referencia a los tratados celebrados por el Perú, los mismos que tienen un especial reconocimiento constitucional a través de los artículos 101 y 105 de la Constitución Política.

La instrucción a cargo del juez instructor es sustituida por la investigación que lleva el Ministerio Público y la instructiva que el inculpado rinde ante aquél, cede su vigencia ante la declaración del imputado que éste presta ante el Ministerio Público (artículos 91 y 118).

Los artículos 135 y siguientes tratan de la detención que obviamente dicta el juez penal según los recaudos que presente el fiscal. En este capítulo II del título III del libro segundo se incluye en el artículo 137 una norma que innova la legislación anterior al fijar plazos para la detención, no más de nueve meses en el procedimiento ordinario y no más de doce en el procedimiento especial, vencidos los cuales sin haberse dictado sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado, asegurándose su pre-

³³ Véase nota 12.

sencia en las diligencias judiciales. Coherentemente con esta saludable regla, debe entenderse que en el supuesto previsto en el cuarto párrafo de este artículo 137, es diferente la solución si las dilaciones son debidas, por una u otra razón, al propio juez o al fiscal, esto es, no imputables al inculpado. Otra innovación destacable es la relativa a la comparecencia del inculpado legislada en el artículo 143 y que procede cuando no corresponda la detención, confiriéndose al juez varias alternativas, entre ellas la detención domiciliaria.

Se entiende que la eventualidad prevista en el artículo 146 respecto del “testigo importante”, opera sin perjuicio de la libertad de tránsito consagrada en el artículo 2º, inciso 9 de la Constitución.

Se advierte un error material en el artículo 175 relativo al embargo, debiendo decir: “el juez” y no “el fiscal”, pues la traba del mismo sólo puede disponerla la autoridad jurisdiccional.

En este mismo rubro, la preferencia que otorga al embargo el artículo 180, ha de concordarse con la legislación civil existente sobre la materia, tanto en la ley procesal civil como en la normatividad sobre quiebras, incluyendo las disposiciones modificatorias.

Ya en el título V, “De la prueba”, son admitidos los medios de prueba permitidos y que sean pertinentes, conducentes, legítimos y útiles, calificativos éstos que corresponda determinar al juez en coordinación con el fiscal a quien toca su carga, según el artículo 194. Por lo demás, los artículos 192 y 193 confirman la facultad directriz del juez, en especial el último que recusa la prueba tasada o legal y confiere al magistrado la ocasión de apreciar la prueba de manera integral y coherente, sujeta claro está a su responsabilidad y a los límites que imponen las máximas de experiencia y hasta el sentido común, pero sin las trabas legalistas predeterminadas, reflejo de sistemas ya superados o caducos. Conviene recordar que el artículo 283 del código de 1940 también admite el criterio de conciencia, pero con una connotación diferente, al estar por el sistema en el que está incurso y más que ello, por la mentalidad del juzgador.

Finalmente en lo que respecta a la prueba, el artículo 195 presupone el cumplimiento de ciertos principios procesales, como la contradicción y la bilateralidad.

El código admite los medios de prueba conocidos, como los testigos, peritos, documentos, reconocimiento de personas, inspección, revisión y reconstrucción, todos ellos dispuestos y actuados por el fiscal en el nuevo sistema que adopta el código. También se incluyen las diligencias especiales y la prueba indiciaria. “Indicio es un

hecho del cual se infiere otro desconocido. El indicio puede ser un hecho, cosa o suceso. La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de hechos debidamente probados”.³⁴

El mismo autor colombiano diferencia la conducencia de la prueba, “idoneidad legal que tiene para demostrar determinado hecho”, de la pertinencia, “adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste”.³⁵

El tema de los indicios y las presunciones es de veras interesante y al respecto, Gelsi Bidart ha dicho: “El indicio funda la presunción y ésta le da su sentido probatorio que, por sí solo, no tendría”.³⁶

El título VI del libro segundo diferencia al contumaz del ausente, quienes pueden ser absueltos pero no condenados, tal como lo preceptúa el artículo 249, que tiene como base constitucional el artículo 233, inciso 10 de la carta fundamental.

El título VII se refiere genéricamente a la conclusión de la investigación, incluyéndose la posibilidad del archivamiento así como los supuestos que al respecto puedan presentarse y la acusación, si ella resultare procedente.

El libro tercero del código trata sobre el juzgamiento, sea por el juez penal o por la sala y que sobreentiende en ambos casos la acusación fiscal. Comprende en el título I los actos preparatorios y en el título II la audiencia propiamente dicha, señalando el artículo 268 los casos en que el acto oral se efectúa total o parcialmente a puertas cerradas, pero aclarándose que los juicios por responsabilidad de funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieren a “derechos fundamentales garantizados por la Constitución” siempre son públicos. Este último supuesto es una expresión de la tesis unánimemente admitida por la doctrina, de la relación de la Constitución con el proceso, a través del cual se reconocen los derechos fundamentales que aquella proclama. La evolución de esta tesis a partir de su propuesta por Kelsen y luego por Couture, ha llevado al diseño del derecho procesal constitucional y también al derecho constitucional procesal, diferenciados por Fix-Zamudio, el primero relativo a los “instrumentos procesales específicos para la tutela de

³⁴ Parra Quiñano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1986, pp. 375 y 381.

³⁵ *Ibid.*, p. 27.

³⁶ Gelsi Bidart, Adolfo, “Indicios y presunciones”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Fundación de Cultura Universitaria, núm. 3/88, p. 253.

las disposiciones constitucionales, incluyendo una jurisdicción especializada” y el segundo que “examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional”.³⁷

Ya en el desarrollo de la audiencia, el artículo 280 establece que si el o los acusados se confiesan autores o partícipes del hecho punible materia de la acusación fiscal y responsable de la reparación civil, el juzgador dará por terminado el juzgamiento, con ciertas condiciones como la conformidad del abogado defensor o el requerimiento de la oralización de algún medio probatorio. Esta norma debe concordarse con la contenida en el artículo 128 según el cual la confesión no releva al fiscal de practicar las diligencias que fueren necesarias para precisar las circunstancias del hecho delictuoso, salvo que la confesión no deje duda alguna o que se produzca en la etapa del juzgamiento que es la hipótesis comentada del artículo 280. El otro aspecto a conjugarse entre ambas normas es el dictado de la sentencia, la que debe expedirse en esa misma sesión o en la siguiente “que no podrá postergarse por más de 48 horas, bajo pena de nulidad” de acuerdo al artículo 280. Esta última regla induce sin duda a reflexión al armonizarla con los artículos 295 y siguientes relativos a la sentencia, en especial el 301, que dispone la lectura de la sentencia casi de inmediato a la autodefensa del acusado y a los informes producidos anteriormente en el orden establecido en el artículo 295, lo que presupone que el sentido de la misma ha sido ya meditado por el o los juzgadores e incluso la redacción puede estar adelantada. Si bien esta inmediatez en la expedición de la sentencia forma parte misma del proceso penal,³⁸ ello no debe obviar a que se tengan en cuenta los alegatos y la defensa, pues éstos reflejan mejor que cualquier otra actividad procesal el respeto al acusado como ser humano que es y también al mismo proceso, cuyas formas como se sabe son garantías para todas las partes, sujetos procesales en la terminología del nuevo código, a fin de que la sentencia sea una fiel resultante de ese mismo proceso, del cumplimiento de las formalidades como garantías y de la idoneidad intelectual y moral del juzgador, pues es en ese momento, en la producción de la sen-

³⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “Garantías constitucionales en el Proceso”, en *Ciencia Jurídica*, órgano informativo de investigación, Universidad de Occidente, julio-diciembre 1986, núm. 9, pp. 4 y 5.

³⁸ El Código de Procedimientos Penales de 1940 así lo establece en el artículo 279 *in fine*.

tencia, en donde se advierte la verdadera independencia judicial y brilla en todo su esplendor la validez de la jurisdicción.

El libro cuarto legisla sobre la actividad procesal y se inicia con las resoluciones en su título I, las mismas que incluso y de acuerdo al nuevo sistema pueden ser dictadas por los fiscales cuando se trata de autos y decretos. Como se sabe la motivación es una exigencia de la validez de las resoluciones, por lo que comentando el artículo 313 que permite la reproducción de los fundamentos del dictamen fiscal, en regla similar a la acordada en el artículo 145 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, ello no impide que el juzgador refuerce la resolución con fundamentos agregados por el mismo y que acrediten el estudio exhaustivo del expediente y el profundo análisis de las piezas actuadas, tanto más que en el Perú dicha motivación es una garantía constitucional de la administración de justicia como lo señala inequívocamente el artículo 233, inciso 4 de la Constitución Política.

Como decíamos, el artículo 315 faculta a los fiscales a dictar autos y decretos durante el ejercicio de la acción penal lo que se inscribe en el ordenamiento procesal dispuesto por el nuevo código, pero sin que ello implique el ejercicio de la potestad jurisdiccional la que está reservada a los jueces de acuerdo con el mismo artículo 315. La posibilidad legal de dictar autos y decretos sin que ello sea expresión de la potestad jurisdiccional, implica una aparente incoherencia que puede merecer un análisis más profundo al cual la jurisprudencia puede aportar para un esclarecimiento necesario y pertinente, pues si bien aquella posibilidad sólo existe durante el ejercicio de la acción penal, éste es prácticamente en todo el proceso y además el mantenimiento de la terminología, decretos, autos y sentencias, puede inducir a cierta confusión que conviene evitar o atenuar.

El título III del libro cuarto trata sobre la nulidad del acto procesal, constituyendo la incompetencia del fiscal o del juez señalada en el inciso I del artículo 325 un presupuesto procesal; el inciso 2 referido al objeto del proceso, concepto analizado concienzudamente por el autor panameño Jorge Fábrega³⁹ y el inciso 3 a la validez de las formas procesales como garantías para las partes y a la relación del proceso con la Constitución, a la que ya hemos hecho referencia.

³⁹ Fábrega P., Jorge. "El objeto litigioso", en *El principio de la inmutabilidad del proceso*, Panamá, Ediciones Fábrega, 1985.

El artículo 332 comprendido en el título IV sobre la impugnación, prohíbe la *reformatio in pejus* cuando funcione en perjuicio del imputado si éste ha formulado la impugnación. Pero la permite si es el Ministerio Público quien la ha interpuesto.

En cuanto a los recursos, ellos son los clásicos, reposición, apelación, casación, queja y revisión, habiéndose ya comentado el nuevo sentido que se da a la apelación, sea elemental, superior o suprema; es también de enfatizar la norma del artículo 343, según el cual el recurso de apelación procede “cuando sin estar específicamente previsto, deba satisfacer el principio constitucional de la instancia plural”, la misma que es una garantía de la administración de justicia al artículo 233, inciso 18 de la carta magna.

La sección III del capítulo II del título IV del libro cuarto se dedica al recurso de casación y mantiene las modalidades tradicionales de la forma y el fondo del asunto, estableciendo expresamente el reenvío en el primer caso (artículo 357) y anulando la resolución en el segundo (artículo 358), “estableciendo cuáles son las normas jurídicas para resolver la controversia, que deberá aplicar el juzgador de origen en la nueva resolución” (artículo 358). Como quiera que sea, aún no se ha expedido la ley reglamentaria del artículo 241 constitucional que establece el recurso de casación, y confirmado en el artículo 32 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia ha publicado un comunicado oficial de fecha 21 de enero de 1992, señalando que continúe el concesorio de los recursos de nulidad y de queja, en los casos que ello proceda y hasta que se expida la ley que reglamente el mencionado recurso de casación.

La sección V establece las normas relativas al recurso de revisión que ha sido analizado al tratar el artículo IV del título preliminar y que trae como innovación más notoria su procedencia para las sentencias absolutorias. Comentando el mismo instituto legal contenido en el título X del libro cuarto del Código de Procedimientos Penales de 1940, dice el doctor Mariano H. Cornejo: “El principio de la revisión en materia criminal se funda en la imprescindibilidad de los derechos humanos. Contra la libertad y el honor que constituyen la personalidad no hay cosa juzgada.⁴⁰ La otra modificación importante que nos ofrece el nuevo código con relación al anterior en el recurso de revisión la encontramos en el órgano que

⁴⁰ Código de Procedimientos Penales, citado en la nota 23, p. 321.

debe resolverlo, pues mientras que el de 1940 confiere esa facultad a la sala plena de la Corte Suprema, que como se sabe es de corte administrativo y no jurisdiccional, el de 1991, aún no vigente como se ha visto, dispone que sea la sala penal de la Corte Suprema, órgano netamente jurisdiccional la que provea el conocimiento y la resolución del recurso. Otra forma destacable en el nuevo código es la contenida en el artículo 368, según el cual, “La denegatoria del recurso de revisión no impide su renovación, siempre que se fundamente en otros hechos o pruebas”. La razón es la misma: si no hay cosa juzgada para las sentencias penales, condenatorias o absolutorias, menos puede haberla para las resoluciones que definan el recurso de revisión que pueda interponerse contra aquéllas, obviamente sustentado en nuevas pruebas o hechos. Los fundamentos han sido ya expuestos y es por ellos precisamente que se justifica plenamente la regla del artículo 365 del código comentado y que reproduce el artículo 363 del código de 1940. El recurso de revisión puede interponerse aunque el condenado haya muerto para rehabilitar su memorial, pues el honor y la dignidad son valores incommensurables que trascienden el hecho físico de la muerte.

El quinto y último libro del Código Procesal Penal se refiere a los procesos especiales, comprendiendo aquéllos por razón del delito, por razón de la función, los que requieren ejercicio privado de la acción penal y los procedimientos por faltas.

En lo que se relaciona con los procesos especiales por razón del delito, son las salas penales superiores las que realizan la etapa procesal del juzgamiento, la investigación estará a cargo del fiscal provincial y la acusación será formulada por el fiscal superior. La naturaleza y la gravedad de los delitos contenidos en el artículo 373 justifican esta solución, siendo de agregar que las sentencias que dicten en estos casos las salas penales superiores son susceptibles del recurso de apelación suprema, tal como lo prescriben los artículos 21, inciso 1, y 341, inciso 1, del mismo código comentado.

En cambio las sentencias expedidas por el juez penal en los procesos ordinarios y querellas son viales del recurso de apelación superior (artículo 340, inciso 1).

El título II del mismo libro quinto trata de los procesos especiales por razón de la función y se refiere a los altos funcionarios comprendidos en el artículo 183 de la Constitución Política, a saber, el Presidente de la República, los representantes al Congreso, los ministros de Estado, los miembros de la Corte Suprema de Justicia y

del Tribunal de Garantías Constitucionales, además de los fiscales y vocales superiores, miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y los demás funcionarios que señala la ley, por los delitos que cometen en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas. En tales casos, la investigación la practicará el fiscal supremo que corresponda, la jurisdicción preventiva la asumirá el vocal supremo menos antiguo, el juzgamiento lo hará la sala penal suprema y la apelación será resuelta por la sala en lo contencioso administrativo. Trámite similar regirá para los funcionarios de menor nivel, como jueces de primera instancia, fiscales provinciales y otros.

El título III legisla sobre los procesos que requieren el ejercicio privado de la acción penal, como en los delitos contra el honor, a saber, injuria, calumnia y difamación, los de violación cometidos sin armas y de manera individual y otros. En estos casos la denominación es de querellante y querellado y se cita a una audiencia en la cual el juez invitará a ambos a una conciliación, no produciéndose la cual, la causa quedará expedita para sentencia, la misma que es susceptible del recurso de apelación superior mas no de apelación suprema. El trámite es más o menos parecido al que establece el código de 1940, que llama comparendo a la audiencia, con la diferencia que en este último cuerpo de leyes se incluyen otros delitos, como los señalados en el artículo 312.

El Código Procesal Penal mantiene la clásica distinción entre delitos y faltas, señalando el procedimiento en el capítulo único del mismo libro quinto, correspondiendo a los jueces de paz letrados y no letrados su investigación y su juzgamiento, incluyendo el dictado de las sentencias correspondientes, las cuales son posibles de apelación elemental ante el juez penal, contra cuyo fallo no procede recurso alguno, artículos 386 y siguientes. Los hechos considerados como faltas, esto es, infracciones de menor gravedad que no llegan a constituir delitos, están señalados en el libro tercero del nuevo Código Penal y tienen pautas definidas de acuerdo a su naturaleza, entre ellas que la tentativa no es punible y sólo responde el autor.

El título V se refiere al cumplimiento de sentencias, quedando claro que la sentencia condenatoria se cumplirá aunque se interponga recurso contra ella, en solución similar a la acordada en el artículo 330 del código de 1940.

El título VI legisla sobre la llamada audiencia pública extraordinaria en que los juzgados penales y las salas penales de las cortes

superiores, al finalizar los meses de abril, agosto y diciembre realizarán dicha audiencia, con asistencia del fiscal, en la que, entre otras cosas, “se ordenará la libertad bajo vigilancia de la autoridad, de aquellos acusados que hayan sufrido un tiempo de detención que fuere superior a las dos terceras partes de la pena solicitada por el Ministerio Público en su acusación”, salvo que se fije fecha para la audiencia. Este beneficio mejora al acordado por el código de 1940 en la audiencia similar, la que requiere “un tiempo de detención igual o mayor al de la pena que pudiera corresponderle por el delito que fuera materia de la acusación fiscal”, artículo 367 del código en vías de sustitución, siendo así que el código comentado sólo señala las dos terceras partes y en que el mismo artículo 367 prevé esta audiencia sólo para los meses de julio y diciembre, en tanto que el nuevo código la extiende un mes más, el de abril, además de agosto a diciembre.

En consecuencia, independientemente de que el juez penal pueda dictar la orden de comparecencia y no de detención, son varias las oportunidades en que el imputado o acusado puede recobrar su libertad, sin perjuicio del juzgamiento correspondiente, entre ellas, la del artículo 137 relativa al vencimiento del plazo de detención sin la expedición de la sentencia: la del artículo 335 relativa a que se haya sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso; y del artículo 397, inciso 3, respecto de la audiencia pública extraordinaria. A todo ello debe agregarse la libertad provisional prevista en los artículos 182 y siguientes y la libertad incondicional señalada en el artículo 189, lo que ofrece un abanico de posibilidades de libertad que se incluye sin duda en el nuevo enfoque doctrinario de la norma penal, que tiene por objetivo, más que el castigo o sanción, la rehabilitación de quien cometió un acto delictuoso y su reincorporación a la sociedad.

Finalmente, el título VII que es el último del libro quinto y del código contiene las disposiciones finales y transitorias para su debida adecuación y el trámite de los procesos que es encuentran en curso.

El Código Procesal Penal que, como se ha dicho en repetidas ocasiones en este comentario, no entra aún en vigencia, trae saludables innovaciones que bien aplicadas pueden constituir una eficaz fuente de mejora en la administración de justicia y a través de ella una superación en la marcha misma del Estado.

Conviene establecer que por Decreto Legislativo 764 del 13 de noviembre de 1991 se postergó la vigencia del código hasta el 1º

de mayo de 1994. Pero por Ley 25399 promulgada por el Congreso el 5 de febrero de 1992 y no por el Poder Ejecutivo, ello en mérito del artículo 193 constitucional, se ha determinado en forma definitiva que el Código Procesal Penal empezará a regir a partir del 28 de julio de 1992.

IV. EL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL

Este código, también de reciente fecha al igual que el Código Penal y el Código Procesal Penal ya comentados, completa la nueva legislación penal que ha sido expedida en el Perú. Tiene como base, como lo dice la exposición de motivos, el segundo párrafo del artículo 234 de la Constitución Política, comprendido dentro de su texto en el “Poder judicial” y que a la letra expresa: “El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal”, el mismo que fue promulgado mediante el Decreto Legislativo 654 del 31 de julio de 1991, en uso de la autorización legislativa delegada por la Ley 25297 del 3 de enero del mismo año. El nuevo código sustituyó al de igual denominación aprobado por el Decreto Legislativo 330 de 6 de marzo de 1985, el mismo que tuvo como antecedente, entre otros, el Decreto Ley 17581.

Como justificación del nuevo Código de Ejecución Penal, su exposición de motivos hace referencia a razones similares a las que se invoca en el caso de los otros cuerpos legales. “El proyecto mantiene fundamentalmente la estructura y el contenido del Código de Ejecución Penal de 1985, adecuándolos a los nuevos Códigos Penal y Procesal Penal y a la nueva realidad penitenciaria surgida de las transformaciones sociales, tecnológicas y la evolución de la criminalidad. Se introducen nuevas normas y se suprimen otras —en menor medida— con el objeto de hacer más eficaz el funcionamiento del Sistema Penitenciario”.⁴¹

El título preliminar del código contiene las pautas generales doctrinarias que inspiran los principios y textos correspondientes. Así, en el artículo I se establece que regula la ejecución de las penas señaladas en el artículo 28 del Código Penal, aun las que no conlleven medidas privativas de la libertad, constituyendo ello la primera innovación importante con relación a la legislación anterior, pues

⁴¹ Código de Ejecución Penal 1991, Decreto Legislativo 654, en *El Peruano*, 2 de agosto de 1991, p. 4.

se considera incluso las medidas de seguridad, a las que se refieren los artículos 71 y siguientes del Código Penal.

El primer párrafo del artículo II del título preliminar reproduce la segunda parte del citado artículo 234 constitucional y el texto del artículo III hace lo mismo con relación al primer párrafo del mencionado artículo 234 de la Constitución, quedando exentas la tortura y cualquier trato inhumano o humillante u otro acto que atente contra la dignidad del interno.

El sistema progresivo del tratamiento penitenciario consagrado en el artículo IV implica la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad, como lo dice la exposición de motivos en la parte pertinente ⁴² y lo consagra el artículo 60.

La segunda parte del artículo V tiene como base el primer párrafo del inciso 2 del artículo 2º constitucional, en lo que respecta a la eliminación de cualquier discriminación.

El artículo VI del título preliminar merece un comentario especial. La participación en forma activa en el tratamiento del interno y en acciones de asistencia pospenitenciaria, de la sociedad, de las instituciones y de las personas, que este numeral determina, en la forma en que está redactado sugiere el reconocimiento del factor social en los hechos delictuosos e insinúa la concordancia con el minarse la pena, se tendrá en cuenta, entre otros factores, “las carencias sociales que hubiere sufrido el agente”. Se trata de la “co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito”, a la que hace referencia expresa la exposición de motivos del nuevo Código Penal.⁴³

El artículo VIII relativo a la retroactividad y la interpretación del Código y que “se resuelven en lo más favorable al interno”, concuerda con la segunda parte del artículo 187 de la Constitución y con el artículo 6º del nuevo Código Penal.

El artículo IX que prevé la protección para la interna gestante o madre, ha de concordarse con el artículo 7º de la Constitución Política y también con el artículo 2º del Código Civil respecto del reconocimiento de su embarazo.

Finalmente, el artículo X y último del título preliminar dispone que el sistema penitenciario acoge las disposiciones, conclusiones y recomendaciones de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente. En relación con esta decla-

⁴² *Ibid.*, p. 10.

⁴³ Véanse notas 5 y 6.

ración, al referirse a la seguridad de los establecimientos penitenciarios legislada en los artículos 112 y siguientes del código, la exposición de motivos indica que “en el primer congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente realizado en 1955, se recomienda que la seguridad integral de los establecimientos debe estar a cargo de personal civil”.⁴⁴ Tales congresos revisten gran importancia en orden a la naturaleza y trascendencia de los acuerdos que aprueba. El VII de esos congresos celebrado en la ciudad de Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, aprobó por consenso los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, que luego fueron aprobados unánimemente por la asamblea general de las Naciones Unidas, “que invitó a los gobiernos a que los respetasen y los tuviesen en cuenta en el marco de su legislación y práctica nacionales”;⁴⁵ huelgan los comentarios sobre la importancia y permanente actualidad del tema de la independencia judicial.

El Código de Ejecución Penal comprende 10 títulos además del preliminar, divididos en capítulos y éstos a su vez en secciones, adoptando la estructura común en estos casos.

El título I se dedica al interno, el mismo que goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad, sin más limitaciones que las impuestas por la ley y por la sentencia, regla concordante con el principio contenido en la primera parte del artículo V del título preliminar. El ingreso del interno será al establecimiento penitenciario que determine la administración penitenciaria, tal como lo dispone el artículo 2º, norma que necesariamente debe armonizarse con la contenida en el artículo 3º, según el cual, “el interno ocupa un ambiente adecuado y está sujeto a tratamiento integral desde su ingreso hasta su liberación”, cuyo fundamento, a su vez, lo encontramos en el inciso 19 del artículo 233 de la Constitución Política, que considera como garantía de la administración de justicia, “el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos sanos y convenientes”. A este respecto la realidad nos muestra la importancia que tiene, en orden a la rehabilitación del penado, el tratamiento penitenciario y en especial el establecimiento en el que debe permanecer. Es por ello que la exposición de motivos afirma que “la disciplina penitenciaria no se conceptúa como un fin sino como un

⁴⁴ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁵ Martín Pallín, José Antonio, *Perú: La independencia del Poder Judicial*, Perú, Comisión Internacional de Juristas, pp. 81 y ss.

medio para hacer posible el tratamiento del interno”, el mismo que “será riguroso en los establecimientos cerrados y se atenuará en los establecimientos semiabiertos y abiertos, tendiéndose hacia la auto-disciplina del interno”.⁴⁶

El aspecto referente a los establecimientos penitenciarios estaba diversamente tratado en el Código Penal anterior (1924), por ejemplo en los títulos IV y XVII del libro primero, en especial algunas de sus reglas como la del artículo 135, que diferenciaba las casas de detención de las de prisión y normaba la separación entre los detenidos y los condenados, disposiciones muy alentadoras en la teoría pero poco visibles en la práctica.

Continuando con el comentario de los artículos 2º y 3º del Código de Ejecución Penal, respecto de los establecimientos que los internos deben ocupar, cabe mencionar el artículo 11 que determina su separación de acuerdo con ciertos criterios básicos, a saber: los varones de las mujeres, los procesados de los sentenciados, los primarios de los que no lo son, los menores de 21 años de los de mayor edad y otros que el reglamento determine. Estas normas, relativas al interno considerado individualmente, ha de compatibilizarse con el título IV del código relativo a los establecimientos penitenciarios, los que el artículo 95 clasifica en establecimientos de procesados, de sentenciados, de mujeres y especiales, distinguiendo en el caso de los segundos, aquellos establecimientos de régimen cerrado, de régimen semiabierto, y del régimen abierto a los que la exposición de motivos se refiere en varias oportunidades.⁴⁷

Uno de los aspectos más dramáticos de la realidad penitenciaria es la permanencia de los hijos al lado de sus madres internas y que la legislación necesariamente debe prever. El artículo 13 del código recoge esta realidad al normar tal hecho, incluso con la intervención del juez de menores. Los juzgadores nunca deben olvidar que en los casos judiciales, tanto penales como civiles, subyace siempre un drama humano y es por ello que toda resolución judicial debe reflejar, no sólo el aspecto propiamente legal, sino también el personal y el social, el humano en suma.

El artículo 104 que señala los establecimientos especiales confirma tal aserto al comprender en ellos a los centros para madres con hijos, los mismos que cuentan con un local para guardería infantil.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 7 y 11.

Tal es otro de los aciertos del Código de Ejecución Penal. Nada se gana con soslayar la realidad y menos con pretender ocultarla. Debemos reconocerla, afrontarla y en su caso, enmendarla.

“El derecho debe ser realizado. Y lo que no se puede realizar no es derecho”, ha dicho Ihering en sentencia inapelable.

El capítulo cuarto del título segundo señala los beneficios penitenciarios, contándose entre ellos el permiso de salida, la redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad, la libertad condicional, la visita íntima y otros, todo lo cual coadyuva a los fines del tratamiento penitenciario, cuales son la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del interno a la sociedad. De ellos, el segundo, esto es la redención de la pena, es conocido como el “dos por uno”, a saber, un día de pena por dos días de labor efectiva y no es aplicable en ciertos delitos, como el tráfico ilícito de drogas y el terrorismo. La semilibertad procede cuando se ha cumplido la tercera parte de la pena y la liberación condicional cuando se ha cumplido la mitad de la pena y en ambos casos tampoco es pertinente en los delitos de tráfico ilícito de drogas y de terrorismo mencionados anteriormente.

No está por demás insistir en la relación de los beneficios comentados con los objetivos del tratamiento penitenciario recordando en este acápite los casos en que el inculcado, ya no el sentenciado, puede mantener o recobrar su libertad y que están previstos en los artículos 137, 335, 397, inciso 3, 182 y 189 del nuevo Código Procesal Penal, ya analizados al tratar este cuerpo de leyes.

A todo ello debe agregarse ciertas nuevas figuras comprendidas en la legislación penal sustantiva, ya comentadas, como son las penas limitativas de derechos y la reserva del fallo condenatorio, previstas en los artículos 31 a 62 del nuevo Código Penal y que se inscriben en el mismo sentido.

El artículo 65 del código establece que el trabajo es un derecho y un deber del interno, reproduciendo el artículo 42 constitucional que lo considera como un derecho y un deber social. Los capítulos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo del título III dedicado al tratamiento penitenciario, se refieren a los aspectos de la educación, salud, asistencia social, asistencia legal (que admite a los estudiantes de los dos últimos años de las facultades de derecho), asistencia psicológica y asistencia religiosa.

Como se expuso al iniciar este comentario del Código de Ejecución Penal y lo menciona la exposición de motivos, su texto incluye

la referencia a las penas que no son privativas de la libertad, innovándose en este punto la legislación anterior. Así, el artículo 119 norma la pena de prestación de servicios a la comunidad y el artículo 122 la pena de limitación de días libres.

El título VII legisla sobre la asistencia pospenitenciaria, estableciendo el artículo 125 que “tiene como finalidad apoyar al liberado para su reincorporación a la sociedad y que sus actividades complementan las acciones del tratamiento penitenciario”. La mejor prueba de la importancia de esta asistencia en el cumplimiento de los fines del tratamiento penitenciario, nos lo ofrece la propia exposición de motivos, al reconocer que: “El más grave inconveniente que tradicionalmente ha tenido la pena privativa de libertad es la marginación social del delincuente, no sólo durante el cumplimiento de la condena, sino aún después de haber egresado del establecimiento penitenciario”.⁴⁸ Conocida es la falta de oportunidades que tiene en la práctica el expenado, al que siempre se mira con desconfianza y hasta con temor. Si el nuevo Código Penal admite la co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito” en el inciso 1 del artículo 45 y el Código de Ejecución lo complementa en el artículo VI de su título preliminar, es consecuente incluir en este último cuerpo de leyes la asistencia pospenitenciaria, cuyo proceso estará a cargo de las juntas de asistencia pospenitenciaria, integrada por equipos interdisciplinarios (artículo 126) y cuyas atribuciones están señaladas en el artículo 127. De su eficaz funcionamiento dependerá en gran parte la viabilidad de los fines del tratamiento penitenciario.

El título IX del código trata del Instituto Nacional Penitenciario, organismo público descentralizado del sector justicia y rector del sistema penitenciario nacional, al que dirige y controla técnica y administrativamente, asegurando una adecuada política penitenciaria, con funciones determinadas en el artículo 135 y dirigido por un consejo nacional integrado por tres miembros especialistas en asuntos criminológicos y penitenciarios, nombrados por resolución suprema, esto es, por el presidente de la república con refrendación del ministro de justicia. Dicho Consejo Nacional Penitenciario es diferente del consejo técnico penitenciario, órgano de cada establecimiento penitenciario y previsto en el artículo 110 del código.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 13.