



La inconstitucionalidad del proceso penal peruano en el 80% de los delitos del código penal^(*)

■ *Por Baltazar Morales Parraguez*

Vocal Superior Titular. Presidente de la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima

[www.urbeetius.org]

El 15 de Julio de este año, se celebró un aniversario más de la promulgación del Decreto Legislativo 124 expedida en 1981 por el gobierno del presidente Fernando Belaunde Terry, hecho histórico que, desde su vigencia y aplicación, merece ser analizado por parte de la magistratura peruana y de todos los agentes del sistema judicial (fiscales, abogados, catedráticos, juristas, etc.).

Es trascendente porque a través de su aplicación en estos veintitrés años se ha "legitimado" la inconstitucionalidad del 80% de procedimientos penales, a los que se

(*) El presente artículo fue escrito para la Academia de la Magistratura del Perú en julio del 2003, al celebrarse 22 años de la promulgación del Decreto Legislativo 124. A la fecha 21 diciembre del 2004, es actualizado con los sucesos posteriores y teniendo en consideración el Pleno Jurisdiccional Penal Superior Nacional, realizado en la ciudad de Trujillo los días 10 y 11 de diciembre último.

encuentra sometido cualquier ciudadano imputable de la comisión de un delito. En el Perú, es el transcurrir del tiempo, el que da validez a una norma; lo transitorio termina siendo permanente, la excepción se convierte en regla y el abuso del derecho o la intromisión de funciones es aceptado como algo normal. Para muestra señalaremos que la facultad de legislar que por excepción otorgó el Congreso de la República al Ejecutivo durante el gobierno de Alberto Fujimori en materia de seguridad nacional, sirvió para que Fujimori y sus Ministros dieran decretos legislativos que prácticamente derogaron la Constitución Política y el Título Preliminar del Código Penal respecto al tratamiento de los delitos y las penas; que trajo como consecuencia la sobrecriminalización de los delitos (Decretos Legislativos 895, 896, 897, etc.).

Otro ejemplo, lo constituye el proceder del Congreso de la República, que ante la ola de descubrimientos de la corrupción y criminalidad organizada de Fujimori y compañía, no desperdiciaron la oportunidad de arrogarse en ser investigadores y "juzgadores" a través de la creación de Comisiones Especiales, muchas veces interfiriendo con los procesos penales ya iniciados en el Poder Judicial. Es por eso que el profesor Juan Monroy Galvez en un artículo periodístico afirmaba que: "en el Perú el Ejecutivo legisla, el Legislativo investiga y el Poder Judicial padece". Nosotros agregaríamos que sí el Poder Judicial padece es porque los Jueces no cumplimos con la función de garante de la constitucionalidad de la leyes, permitiendo la vigencia de procesos inconstitucionales como el previsto por el decreto legislativo 124.

Y esto es así porque pese a que la orientación de nuestras dos últimas Constituciones Políticas (1979 y 1993) fijaron como parámetros para el juzgamiento de todo ciudadano sometido a proceso penal, el respeto al Debido Proceso, así como el sometimiento del Perú a los Tratados Internacionales sobre el respeto a los Derechos Humanos, en la práctica estos principios programáticos no se respetan y consecuencia de ello la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, resultan siendo simples enunciados teóricos que los juristas y magistrados decimos acatar pero que en la practica "no

cumplimos", repitiéndose así la tradición histórica de la época en que el Virrey en el Perú al recibir una real cédula del Rey venida de España, realizaba solemnemente la ceremonia de la "Hostia sin consagrar" elevando en lo alto sobre su cabeza dicha cédula, finalizando dicho ritual con la frase: "acato pero no cumplo. Pasando así la real cédula a ser considerada como "letra muerta" o papel para hacer pajaritas".^[1]

En la doctrina del proceso penal peruano, se nos ha enseñado como líneas principistas en la universidad y la Academia de la Magistratura, lo siguiente:

- 1.1. "Que toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".^[2]
- 2.2. "Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial. En la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella... pero toda sentencia en materia penal será pública (Art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia" (Art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos).
- 3.3. "Son principios y derechos de la función jurisdiccional, la publicidad en los procesos salvo disposición contraria de la ley" (art. 139 inciso 4 de la Constitución Política del Perú), "la observancia del Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional".

Los textos antes enunciados son normas de obligatorio cumplimiento porque están plasmados en la Constitución Política del Estado. Los jueces del Perú y del Poder Judicial en su conjunto, debemos constituirnos en la piedra angular del sistema democrático y deberíamos por ello, ser los garantes de la constitucionalidad de las leyes y por ende de todo proceso penal. Así lo entiende y lo ordena el artículo 138 segundo párrafo de la Constitución Política cuando prescribe: "en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal,

los jueces prefieren la primera".

Pese a toda esta estructura legislativa y constitucional, que son la plasmación de la doctrina y la ciencia del Derecho Procesal Penal; en el Perú, estos textos se fueron convirtiendo en declarativos, pues la práctica asumida por los jueces, fiscales, abogados y juristas, durante los 23 años de vida del Decreto Legislativo 124 ha sido de una simple preocupación teórica y charlas de "discusión bizantina": (recuérdese, el debate en el siglo XV, sobre el sexo de los ángeles); mas nunca hasta la fecha se ha vertebrado realmente, un movimiento en la judicatura peruana para hacer desaparecer las inconstitucionalidades que el Decreto Legislativo 124 encarna.

Hoy en día gracias a este Decreto Legislativo 124 en el sistema de la justicia penal, se acepta como normal, las siguientes violaciones al Debido Proceso:

■ a) "El Juez que investiga es el mismo que sentencia...". Esta expresión caracterizó el sistema inquisitivo nacido en Roma y se afirmó en las monarquías cristianas del siglo XIII, en donde el Juez investigaba, acusaba y juzgaba; es decir el Juez es investigador, luego acusador (Fiscal) y termina sentenciando haciendo una valoración de su propia investigación. Aunque parezca paradójico en el Perú, en pleno siglo XXI, seguimos aplicando normas del siglo XIII, prueba de ello es el decreto legislativo en mención, que en su artículo primero establece: "Los jueces de primera instancia en lo penal conocerán en juicio sumario y sentenciarán con arreglo al presente decreto legislativo".

■ b) "El juicio no es público ni oral". Al igual que en el siglo XIII, los procesos dependían de las "instrucciones", que daba el Juez al comenzar la investigación, de allí el nombre de instrucción. Esta instrucción es secreta o reservada, pues todas las diligencias que se actuaban constaban por escrito en actas solo accesible a los abogados, mas no al público y contienen el material sobre cuya base se dicta el fallo y por lo cual el Juez tiene todos los poderes en el manejo del proceso.

■ c) El Decreto Legislativo 124 vigente en el Perú no reconoce el juicio oral (oralidad y publicidad). El artículo cuatro establece que: "concluida la etapa de instrucción, el Fiscal Provincial emitirá el pronunciamiento de ley, sin

ningún trámite previo, dentro de los 10 días siguientes" "con el pronunciamiento del Fiscal Provincial, los autos se pondrán de manifiesto en la Secretaria del Juzgado por el termino de 10 días, plazo común para que los Abogados defensores presenten los informes escritos que correspondan"... "vencido el plazo señalado el Juez sin mas trámite deberá pronunciar la resolución que corresponda en el termino de 15 días". En síntesis todo se reduce a papeles, aguja e hilo al igual que en el siglo XIII.- No se requiere de la oralidad puesto que toda petición, debía hacerse y constar en escrito y resolverse también por escrito.

■ d) No se da cumplimiento al "Derecho de Defensa ante un Juez imparcial", por cuanto el Juez que participó en la elaboración de toda la investigación al dirigir la misma, está contaminado en la apreciación psicológica de esta actividad indagatoria, no siendo por ello un Juez imparcial. Los actos realizados por el Juez durante la instrucción, son actos de investigación y no de prueba; toda vez que estos últimos exigen en su actuación la posibilidad de oponerse o cuestionarlos (Principio de contradicción), la del debate público y oralidad y la presencia permanente del procesado, así como la del abogado defensor para contradecir (Principio acusatorio e igualdad de armas). El Juez en todo proceso penal para sentenciar debe ser imparcial en la valoración de la actividad probatoria, la misma que debe ser sometida bajo los cánones de racionalidad y legalidad (no prueba prohibida).

El Código de Procedimientos Penales vigente, en su artículo veintinueve inciso séptimo, señala como causal de recusación del Juez de fallo: "Cuando hayan intervenido en la instrucción como jueces inferiores o desempeñado el Ministerio Público.."; consecuencia lógica de esta situación es que no puede expedir sentencia y por ende es causal de recusación o de inhibición; nuestro juez peruano al actuar pruebas en la instrucción va valorar posteriormente su propia obra al momento de sentenciar y muchas veces su proceder en esta actividad probatoria es mejor que la del fiscal acusador y persecuidor del delito.

Basado en este principio de no imparcialidad, España a través de su Tribunal Constitucional con ejecutoria de fecha 12 de julio de 1988 declaró inconstitucional y por tanto nulo el párrafo del art. 2 de la Ley Orgánica

10980 del once de noviembre, (de enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes). La situación por ellos analizada era muy similar a la ocurrida en el presente caso del D. Leg. 124, en la cual el juez actúa como instructor y juez de fallo.

La imparcialidad significa que el Juez no debe ser parte o tener interés con la pretensión probatoria del acusado, ni con la del Fiscal, de allí el nombre de imparcial. Sin embargo con el Decreto Legislativo 124 en el proceso sumario, el Juez instructor o investigador termina sentenciando, violándose así el Principio Constitucional del Juez Imparcial.

Según el artículo 6 del Decreto Legislativo 124, para la sentencia condenatoria se citará al reo, mientras que para la absolutoria simplemente se notificará. Consecuencia de ello se han originado los famosos Juzgados de Reserva, cuya carga procesal a nivel nacional por cada Juzgado no baja de los 1000 expedientes expeditos para sentenciar. Del texto de este artículo 6 del Decreto Legislativo 124, surgen 2 absurdos:

1) El primero consiste, en que estando reservado el proceso, y siendo puesto a disposición posteriormente el acusado ante un Juez distinto al que le reservó el proceso, no podría absolverlo, configurándose de esta manera el adelanto de opinión por condenar y ya no habría imparcialidad, siendo ésta razón por la cual muchos procesados que son notificados para la lectura de sentencia (como natural respuesta del instinto de defensa) no concurren a la diligencia; originando con ello la existencia de miles de expedientes para sentenciar.

2) El segundo absurdo lo constituye el caso del juez que decide absolver cuando en autos exista opinión de que se declare contumaz y se reserve el proceso. Este magistrado podría ser denunciado por del delito de prevaricato. Así se ha pronunciado la actual Fiscal de la Nación en el Diario Oficial "El Peruano" - Normas Legales Página 203363 con fecha 25 de mayo de 2001, al declarar fundada la denuncia contra la Juez Luzmila Muro Ortiz Juez del V Juzgado Penal del Santa, de conformidad al artículo 418 del Código Penal. Según la Resolución de la Fiscalía, hay delito de prevaricato, por haber absuelto de la acusación fiscal a los procesados Jhon Cristina Atoche Pacheco y otros

cuando había citado a las partes para la diligencia de lectura de sentencia en acto público.

■ e) Según el decreto legislativo 124, no existe momento alguno previo a la lectura de sentencia en que el acusado realice su defensa material, en la que exprese si está conforme con la defensa realizada por su abogado defensor, limitándose la defensa letrada a redactar un papel que contiene en escrito alegaciones de su abogado. El artículo 6 del Decreto Legislativo mencionado prevé: " el juez sin más trámite deberá pronunciar la resolución que corresponda en el término de 15 días". Así pues, la publicidad sólo queda reducida al acto mismo de la diligencia de lectura de sentencia. Es decir sin publicidad, no oralidad en el Perú se sigue "administrando justicia". ¿Qué dirían los Tribunales Internacionales si llegaran a conocer vía amparo estas sentencias? Seguro que las anularían por ser violatorias a los parámetros internacionales aceptables de un debido proceso.

Históricamente el decreto legislativo 124; tiene sus antecedentes en el Decreto Ley 17110 de fecha 08 de Noviembre de 1968 durante el gobierno militar de Velasco Alvarado, con el cual se otorgó COMO EXCEPCION Y SOLO PARA DIEZ DELITOS, facultades de fallo a los jueces instructores. Luego vino el Decreto Legislativo 124 (1981) que lo amplía a un numero mayor de delitos; posteriormente con fecha 20 de noviembre de 1996 se amplía el proceso sumario al 79.02 % de del total de delitos del Código Penal. Esta obra tenía coherencia con la mentalidad y política de criminalidad organizada que asumía Fujimori y Montesinos para violar las garantías constitucionales del debido proceso, y desprecio total por los tribunales internacionales garantes de los Derechos Humanos.

La Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima que me honré en presidir, en ejercicio del control difuso que la Constitución nos ampara, desde el 11 de enero del 2002 ha venido declarando inaplicable el decreto legislativo 124 por inconstitucional, cumpliendo con elevar en Consulta a la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo esta Sala, según Ejecutoria 532-02, de cara con el artículo 138 segundo párrafo de nuestra Carta Magna lejos de asumir el rol de defensa de la constitucionalidad de las normas,

expidió una resolución que dista mucho del papel que le compete a nuestro máximo Tribunal. Sostiene la Sala Constitucional de la Corte Suprema, que no se podía aprobar nuestra sentencia declarando inconstitucional el decreto legislativo 124, por cuanto sería dejar sin efecto resoluciones emitidas desde hace más de 20 años, "originando así una multiplicidad de procesos sumarios nulos". Respecto a los actos probatorios que se realizan en el juicio oral, según la Sala Suprema, también podría ser objeto de cuestionamiento "ya que de la misma manera se podría decir que los miembros del Tribunal podrían adquirir prejuicios a favor o en contra, por el hecho de haber llevado a cabo la etapa pública del mismo" y estando al principio de inmediación, también podría afirmarse que contaminan a los Vocales Superiores, tan igual que al juez instructor. Con esta resolución sólo se manifiesta la no comprensión, diferenciación y por ende desconocimiento de lo que son actos de investigación y actos de prueba en un proceso penal, ni los fines para los que está diseñada la instrucción, que es muy diferente a los fines del juicio oral, menos aún lo que significan los principios que sustentan el sistema acusatorio garantista del proceso penal.

En el Pleno Superior Jurisdiccional Penal de 1998 realizado en la ciudad de Ica, por iniciativa del Vocal Superior de la Corte Superior de Arequipa doctor Jorge Salas Arenas, por unanimidad de los magistrados de Segunda Instancia del Perú expresamos nuestro desacuerdo con la vigencia del Decreto Legislativo 124, instando a todos los órganos competentes para su derogatoria. Las llamadas a plantear su inconstitucionalidad son los funcionarios que gozan de esta prerrogativa, es decir, la Fiscal de la Nación, la Sala Plena de la Corte Suprema, el Defensor del Pueblo, los Congresistas, el Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso o el Tribunal Constitucional.

La sentencia de inaplicabilidad del Decreto Legislativo expedida por la Corte Superior de Justicia del Cono Norte en reiterados procesos desde el once de enero del dos mil dos, fue remitida en consulta en aplicación del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema integrada por los doctores Cabala Rossand, Vasquez Cortez, Walde Jauregui, Loza Zea y Egusquiza Roca con fecha once de junio del dos mil tres, al resolver la consultada, consideró: "

la Constitución Política dispone que es principio de la función jurisdiccional la publicidad en los procesos salvo disposición contraria de la ley; en tal sentido el Decreto legislativo ciento veinticuatro en modo alguno viola la Constitución desde que con la naturaleza de ley que tiene se enmarca en la excepción del dispositivo constitucional glosado; que si bien el proceso penal sumario es objetable desde el punto de vista de la doctrina procesal penal, ello no justifica menos ampara la aplicación del control difuso..., pues para que ello proceda con claridad meridiana, ... debe darse incompatibilidad entre la norma constitucional y una norma legal, evento que como se ha visto no se da en el caso de autos"... " que la ligereza con que el Colegiado inferior por mayoría, ha procedido en la aplicación del control difuso cuya institución exige al Magistrado la mayor ponderación y prudencia, tanto más cuando se genera innecesario riesgo del sistema procesal vigente, configura grave negligencia que merece ser sancionada de conformidad con el artículo trece de la ley orgánica del Poder Judicial, por lo que DESAPROBARON la resolución consultada su fecha veinticinco de febrero del dos mil tres, DISPUSIERON que otro Colegiado de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, emita nueva sentencia con arreglo a ley; IMPUSIERON a los doctores Segundo Morales Parraguez y Sidney Bravo Melgar, Vocales integrantes de la Segunda Sala Especializada Penal de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, la Medida Disciplinaria de Apercibimiento".

Ante la imposición de esta sanción, el autor interpuso recurso impugnatorio ante la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema y con fecha doce de abril del dos mil cuatro, los doctores integrantes de dicha Sala Villacorta Ramírez, Dongo Ortega, Acevedo Mena, Roca Vargas, y Quintanilla Chacón sustentándose que: "el recurrente ha sido sancionado de acuerdo a ley según los hechos acreditados por cuanto ha habido una ligereza al momento de declarar el control difuso de la citada norma, la misma que tiene carácter procesal y no es de carácter sustantivo"... "declararon INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto que le impone la medida disciplinaria de apercibimiento y los devolvieron".

Estando a la ejecutorias antes referidas considero que los magistrados no deben amedrentarse a seguir inapli-

cando lo que consideren inconstitucional aun cuando cual espada de Damocles penda sobre ellos medidas de apercibimiento, aun cuando el artículo 212 de la Ley Orgánica de del Poder Judicial establezca que no da lugar a sanción la discrepancia de opinión ni de criterio en la resolución de los procesos pues solo así estaremos dejando a salvo nuestra responsabilidad histórica que como magistrado nos delega el pueblo a través del artículo 45 de la Carta Política cuando afirma: " El Poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

El último Pleno Jurisdiccional Superior Nacional realizado en la ciudad de Trujillo los días 10 y 11 de Diciembre último, entre sus temas tratados fue la Prueba lícita y la Prueba Prohibida, cuyo grupo me cupo el honor de integrar, analizó que su estudio siempre va estar relacionado con la afectación de derechos y al no existir jurisprudencia de la Corte Suprema que se haya pronunciado al respecto, estableció dicho Pleno que en su construcción jurisprudencial se justificaría valorar la prueba obtenida ilícitamente en casos puntuales. Sin embargo, en ninguno de ellas se estableció validar como prueba ilícita con violación al debido proceso judicial como es el caso de pretender dar carácter de constitucional al aun vigente Decreto Legislativo 124.

Pese a ello el Decreto Legislativo 124, a todas luces inconstitucional sigue vivo y coleando. El 15 de julio último celebró un año más de vida. A su celebración estuvieron invitados todos los operadores del derecho. Por mi parte expreso mi total oposición y disconformidad con su vigencia. Los que pretendan solamente maquillarlo con algunos ribetes de legalidad o los que, con su actitud de pasividad, indiferencia, no se pronuncian al respecto, están avalando un acuerdo para que, este procedimiento penal a todas luces inconstitucional, continúe en su vigencia. ■

Puerto Maldonado, 21 de Diciembre del 2004.

Notas

[1] Ricardo Palma citado por Portocarrero Gonzalo. "la transgresión como forma específica del goce del mundo criollo".

[2] Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.