

*Naturaleza jurídica de los Derechos
Humanos en el régimen de excepción como
una garantía del Estado de Derecho*

Mg. Wander Muñoz Pantigoso *

* Abogado por la Universidad Católica Santa María de Arequipa, Magíster en Derecho por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Doctorando en Derecho por la Universidad Federico Villarreal de Lima, docente universitario de pre y post grado.

Lex

Los Derechos Humanos tienen su origen en la propia naturaleza del ser humano. La dignidad del ser humano implica libertad e igualdad. Al respecto, la Declaración Universal señala en su Preámbulo que *“todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.

En el ámbito internacional, los derechos inherentes a la persona toman la denominación de Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, cualquier violación de los mismos es responsabilidad del Estado.

Paralelamente, desde el ámbito interno a cada Estado, estos derechos son concebidos como Derechos Fundamentales o Derechos Constitucionales de la persona humana; deben, por tanto, ser respetados y garantizados por el propio Estado. Si este no fuera capaz de adoptar las acciones necesarias para atender, sancionar y reparar adecuadamente las violaciones a estos derechos fundamentales dentro de la jurisdicción nacional, podría caer en responsabilidad internacional.

Los Derechos Humanos surgen como una respuesta a la necesidad de establecer límites al poder público. Por tanto, consisten en derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado.

1. Rol del abogado con relación a los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales en el siglo XXI

El mayor aporte del constitucionalismo del siglo XX es la sustitución del constitucionalismo liberal e individualista por el constitucionalismo social a partir de las Cartas de Querétaro, Weimar y de la Segunda República Española y, sobre todo, desde las constituciones dictadas al finalizar la Segunda Guerra Mundial en las que se reconoce una nueva clase o generación de derechos: los derechos sociales, económicos y culturales.

Aunque algunos autores mencionan la existencia del neoconstitucionalismo o post-constitucionalismo, considero que el papel del abogado, como defensor de los derechos humanos, debe pasar por la defensa de los principios y valores constitucionales propios de una

sociedad democrática y sin solución de continuidad (casi como consecuencia de lo anterior, debe defender los derechos del hombre, estén o no reconocidos en la carta política).

El estudio de algunos preámbulos de las constituciones latinoamericanas puede ser de utilidad en esta materia. Así, en la Constitución peruana de 1979 se consignó el objetivo de promover la creación de una sociedad justa, libre y culta; sin explotados ni explotadores; exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social; con una economía al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía.

Asimismo, puede citarse lo que Bidart Campos considera el enunciado de seis fines, bienes o valores que condensan la ideología de la Constitución argentina y el proyecto político que ella estructura: unión nacional, justicia, paz interior, defensa común, bienestar general y libertad, lo cual puede constituir un programa para los abogados del siglo XXI.

Corresponde mencionar algunas de las circunstancias propicias que tiene el hombre de leyes del siglo XXI, aunque ellas correspondan más bien a características formales a diferencia de tiempos anteriores. Está ampliamente reconocida la supremacía de la Constitución, se han acogido en las Cartas Políticas las instituciones de protección tradicionales como el *habeas corpus* y el amparo y se han introducido nuevas como el *habeas data* y el proceso de cumplimiento. Además, en casi la totalidad de las nuevas constituciones, se ha acogido la institución kelseniana de los Tribunales Constitucionales, aunque con desigual funcionamiento en cada realidad.

2. Conceptualización y propiedades de los Derechos Humanos

Podemos llamar Derechos Humanos a la suma de aquellos derechos que tiene toda persona en virtud de su naturaleza humana y que le permiten realizarse como ser libre y autorresponsable.

Entre las propiedades de los Derechos Humanos podríamos destacar que son innegables, pues pertenecen a la esencia de la persona humana. Además, son imperativos, pues obligan aun cuando la autoridad no los sancione expresamente. Asimismo, son evidentes, porque no requieren de promulgación expresa. Son inviolables, porque no pueden ser impedidos. Finalmente, son anteriores y superiores a las leyes, acuerdos y convenciones, porque dimanar de la misma naturaleza del ser humano.

En general, los Derechos Humanos derivan de la dignidad de la persona humana en cuanto esta posee una naturaleza racional y un alma espiritual e inmortal y, en esta medida, es libre y responsable de sus actos. La dignidad hace que el hombre no sea objeto sino sujeto de derechos y obligaciones. Esta condición está expresada en los llamados Derechos Humanos.

3. Clasificación de los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos pueden ser clasificados de acuerdo a su naturaleza e importancia y según la persona humana y según su función social. Según su naturaleza, pueden clasificarse en derechos fundamentales y derechos derivados. Según la persona humana y la función social, pueden clasificarse en derechos físicos, como la existencia, la integridad física, el acceso a medios de subsistencia que aseguren un nivel digno de vida (alimentación, vestido, habitación, descanso, servicios sociales) y la seguridad social; en derechos morales, como el respeto a la buena reputación, el derecho a buscar la verdad, la libertad para manifestar y defender sus propias ideas, el acceso a la información; en derechos culturales, como el acceso a la instrucción fundamental, a la formación técnico profesional y a la educación intelectual superior; en derechos religiosos, como honrar a Dios según el dictamen de la recta conciencia, profesar la religión privada y públicamente; en derechos vocacionales, como la libertad de elección de estado, la fundación de la familia, la elección según la vocación religiosa; en derechos económicos, como la libre iniciativa de la economía y el trabajo, el trabajo en buenas condiciones físicas y morales, la responsabilidad en las actividades económicas, la justa retribución del trabajo y la propiedad privada; en derechos sociales, como la libre estructuración de asociaciones, el libre movimiento dentro de ellas, la emigración y la inmigración, y en derechos políticos, como tomar parte en la vida pública y participar de la tutela jurídica de los propios derechos.

Los Derechos Humanos tienen su origen en la propia naturaleza del ser humano, pues la dignidad del ser humano implica libertad e igualdad. Al respecto, la Declaración Universal señala en su Preámbulo que *“todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.

Las primeras declaraciones de derechos individuales con fuerza legal, fundadas sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano, las encontramos en las revoluciones de independencia norteamericana e iberoamericana, así como en la revolución francesa. Dichas declaraciones constituyen la manifiesta expresión de la lucha por eliminar los gobiernos absolutistas y reemplazarlos por gobiernos democráticos.

De esta forma, se realiza el tránsito hacia el Estado de Derecho, que implica la delimitación y reglamentación de las funciones del poder mediante un control del Estado por el derecho y la adopción de las formas representativas con la finalidad de defender los derechos de los ciudadanos.

4. Los regímenes de excepción enmarcados en la norma constitucional

La actual Constitución Política establece en el Art. 137º que el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los siguientes Estados de Excepción: El Estado de Emergencia y el Estado de Sitio.

Este régimen de excepción consiste en la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos constitucionales y la consiguiente atribución de poderes extraordinarios al Poder Ejecutivo para que ejercite un control enérgico de la paz y del orden interno en circunstancias graves de intranquilidad o conflicto interno. Por ser una situación anormal, el Poder Legislativo debe ser inmediatamente informado para que tome las medidas pertinentes de control político y ejercicio de su representación popular.

El Estado de Emergencia se produce en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a:

- La libertad y la seguridad personales.
- La inviolabilidad del domicilio.
- La libertad de reunión.
- La libertad de tránsito en el territorio.

En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del Estado de Emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En Estado de Emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, si así lo dispone el Presidente de la República. Este es un asunto medular si recordamos que el efecto de un Estado de Excepción es suspender durante un lapso determinado de tiempo el ejercicio irrestricto de ciertos derechos fundamentales. Para ello, se supone que se han presentado ciertas situaciones de hecho que afectan seriamente al orden público y que hacen legítimo un estado excepcional. Semejante circunstancia se encuentra regulada tanto en las normas internacionales como en los textos constitucionales.

Dentro de las normas internacionales a las que se invoca en estos casos, tenemos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 27): “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar las disposiciones vigentes”. Asimismo, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. (Art. 4) subraya: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados parte en el presente pacto podrán adoptar las disposiciones vigentes”.

Entre las normas nacionales al respecto, podemos destacar en nuestra Constitución Política del Perú (Art. 137 Inc1) los requisitos de fondo para decretar un Estado de Emergencia: “la perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”. Como fluye de la propia redacción, las circunstancias que afecten deben ser graves. De cualquier modo, esta disposición ha de ser concordada necesariamente con las citadas normas internacionales.

5. Legitimidad de un Estado de Excepción

La situación de excepción se produce cuando existe alteración del normal desenvolvimiento de la sociedad, cuya gravedad haga necesaria la adopción de medidas excepcionales. Estas situaciones son imprevisibles, pues aún sabiendo cuáles son no se puede determinar cuándo ocurrirán. La existencia de circunstancias graves es entonces el punto de partida fáctico para hacer legítimo un Estado de Excepción. La legitimidad de éste tiene relación no sólo con sus condiciones de generación sino con la forma en que es ejercido. Hay tres grandes principios que se consideran indispensables para dotar de legitimidad a un Estado de Excepción en su proceso de aplicación: el principio de proporcionalidad, el principio de temporalidad y el principio de razonabilidad.

El principio de proporcionalidad supone que las medidas de excepción deben ser las requeridas para conjurar los peligros que se presenten a la sociedad y al Estado. En consecuencia, deben responder a la magnitud y características del fenómeno al que se quiere hacer frente. La gravedad, duración y ámbito geográfico de toda medida de derogación se adoptarán a lo estrictamente necesario para hacer frente a la amenaza a la vida de la Nación y deberán ser proporcionales a su naturaleza y alcance.

El principio de temporalidad consiste en la suspensión de los derechos fundamentales e implica una alteración en el Estado de Derecho de alta gravedad, cuya prolongación continua o vocación de permanencia determinaría una radical variación de su estructura política y jurídica.

El principio de razonabilidad implica, además, la posibilidad del control jurisdiccional de los Estados de Excepción y la simultánea evaluación de todos los principios enunciados anteriormente. En virtud del principio de razonabilidad, los órganos jurisdiccionales tienen facultades de controlar y regular los efectos de las medidas de excepción en la población en vía de Acción de Garantía.

Esta Acción de Garantía tiene dos características fundamentales. Por un lado, los jueces y tribunales están en la obligación de dar trámite a las acciones de garantía durante un Estado de Excepción, por cuanto las garantías procesales de los derechos humanos son parte del núcleo intangible de derechos que no se pueden suspender durante la vigencia de tales estados.

De otro lado, el análisis de razonabilidad que se realiza está orientado al control de la legitimidad en la aplicación de las medidas de excepción, principalmente la suspensión de garantías a los derechos, pero no puede cuestionar la legitimidad del Decreto Supremo que establece el Estado de Excepción.

6. Los Derechos Constitucionales en los Estados de Excepción

Los Derechos Constitucionales y los Estados de Excepción son el anverso y reverso de una misma moneda, ya que limitan durante un determinado lapso de tiempo el ejercicio de ciertos derechos ciudadanos o garantías ciudadanas. En rigor, estamos ante la suspensión de derechos y no de garantías, pues la garantía es, en esencia, un instrumento procesal, un mecanismo de protección con que cuenta el ciudadano frente al abuso de poder. En nuestra constitución, estas garantías se encuentran reguladas en el Título V Garantías Constitucionales, siendo fundamentales el *Habeas Corpus* y el Amparo.

En este sentido, reconociendo el carácter y contenido histórico de los Derechos Constitucionales y la validez doctrinaria de los regímenes de excepción, puede resultar legítimo suspender ciertos derechos personales, pero de ninguna manera las garantías. Estas son precisamente los instrumentos procesales que el ciudadano puede utilizar para que se examine judicialmente la razonabilidad y, en general, la legitimidad de determinadas medidas adoptadas dentro del marco de un Estado Excepción.

Conforme al artículo 137 inciso 1) de la Constitución Política del Perú, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los Derechos Constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio. Conforme a la redacción constitucional, los derechos que quedan desprotegidos son los siguientes: el derecho a la libertad y seguridad personal, la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión, la libertad de tránsito y las situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación.

Respecto al derecho a la libertad y la seguridad personal, dado que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales, nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito.

El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro de 24 horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas; en tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término.

En consecuencia, cuando se suspende este derecho, las autoridades pueden realizar detenciones obviando el mandamiento escrito y motivado del juez. Ello no implica la suspensión de los derechos del debido proceso legal y de un recurso ante el Juez para que se determine la legalidad de la detención.

En cuanto a la suspensión del derecho de domicilio, si bien toda persona tiene derecho a la

inviolabilidad de su domicilio, nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo el caso de flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por ley. Tal como en el caso anterior, al suspenderse este derecho, el mandato judicial o el permiso de la persona son innecesarios para la actuación policial.

En cuanto a la libertad de reunión, toda persona tiene derecho a reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Sin embargo, las que se convocan en plazas o vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que podrá prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas. A diferencia de los casos anteriores, la suspensión de este derecho se fundamenta en necesidades de prevención, no en actos de represión.

Respecto de la libertad de tránsito, toda persona tiene derecho a elegir libremente el lugar de su residencia, transitar por el territorio nacional y salir de él y entrar en él, salvo razones de sanidad o por mandato judicial, o por aplicación de la ley de extranjería. Implica que las autoridades policiales puedan disponer la inamovilidad o traslado de las personas y la separación del lugar de su domicilio sin previa orden judicial. Con ello, concluimos, que esta actividad además debe cumplir una función de protección a la población frente a conflictos que pueden poner en peligro sus vidas o sus bienes.

Ahora bien, la limitación de la suspensión a solamente cuatro derechos resulta saludable, pues así como los instrumentos internacionales asumen un criterio taxativo del llamado núcleo intangible de derechos no suspendibles o no derogables, la enumeración taxativa de los derechos, por así decirlo “suspendibles”, implica jurídicamente una mayor protección a la persona.

La existencia de un peligro excepcional que afecte la seguridad física de la población, la integridad territorial de la Nación, el funcionamiento de las instituciones públicas o la afectación total de la población con consecuencias para la vida organizada de la comunidad exige que, según los fines previstos en la Constitución, el Gobierno mantenga el orden público. El Gobierno es políticamente responsable por insuficiencia del mantenimiento del orden público, sin perjuicio de serlo política y jurídicamente por desviaciones o demasías.

Es necesario revisar algunos conceptos que permitan establecer la decisión para decretar un Estado de Excepción. Se trata de una decisión fundamentalmente política, pero su evaluación y control es tanto jurídica como política. En caso de perturbación de la paz, hablamos del estado más leve de la alteración del orden público. Corresponde al incumplimiento de las normas esenciales de convivencia y coexistencia y, al mismo tiempo, el riesgo a la integridad y seguridad de las personas y patrimonios.

El orden público vendría a constituirse como el conjunto de normas jurídicas de cumplimiento ineludible para el Estado, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de sus órganos

ni la de los particulares. Para ello, el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas en caso requiera recurrir a ellas. La alteración del orden público significaría, entonces, el quebrantamiento grave de las normas fundamentales para la coexistencia de las personas y la existencia del Estado.

En caso de perturbación del orden interno, la Constitución peruana conecta estos términos a los de “seguridad exterior de la República”. Podemos definirla como aquella situación de normalidad en el territorio nacional, regulada por el Derecho Público, que permite la existencia y estabilidad del Estado y sus poderes. Contribuye a la seguridad integral, propiciando el desarrollo en todos los campos de la vida nacional y al equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y los derechos ciudadanos necesarios para el cumplimiento de los deberes primordiales del estado y el logro de su fin supremo. La alteración del orden interno significa, por tanto, una conmoción social en cuya magnitud generalmente está integrada la alteración al orden público.

A diferencia de las anteriores, la situación de catástrofe no responde a un origen político o social sino natural, aunque su configuración es similar a la alteración del orden interno. Así, una catástrofe puede originar una crisis social y de autoridad, sin que necesariamente se contravengan normas jurídicas. Una situación de catástrofe es un suceso natural “infausto y extraordinario” que afecta la vida organizada de una comunidad. Tenemos, así, los sismos, derrumbamientos, desbordes, inundaciones y otros desastres de origen exclusivamente natural, tanto como aquellos en los cuales la participación humana es accidental e indirecta, como en casos de derrumbe de edificios y minas, incendios de grandes magnitudes, explosiones, entre otros.

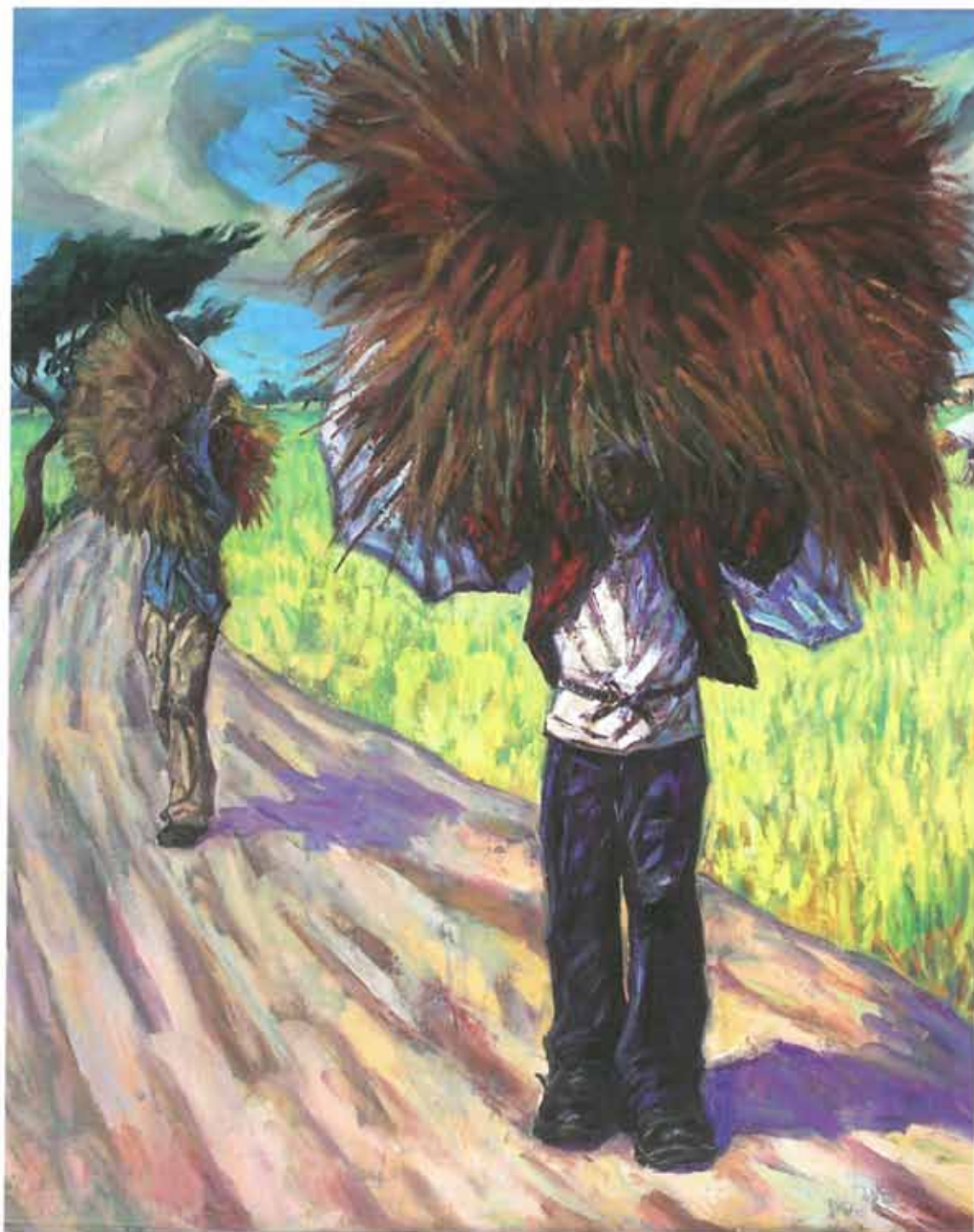
Un último concepto vinculado al Estado de Excepción es el identificado con graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. Esta situación de excepción tiene un tipo abierto y de carácter general, contrasta con las situaciones anteriores que son relativamente más específicas.

Como aparece en el texto constitucional, el Estado de Emergencia se establece mediante un Decreto Supremo que debe guardar características esenciales y formalidades de cumplimiento ineludible. En sentido general, podríamos decir que un decreto es una resolución de carácter imperativo que dicta una autoridad en ejercicio de sus funciones sobre un asunto de su competencia. En nuestro ordenamiento jurídico, un Decreto Supremo, como norma jurídica, es aquella de mayor jerarquía que dicta el órgano ejecutivo, se ubica por debajo de la Constitución, los Tratados y la Ley; y como resolución del gobierno, constituye la forma mediante la cual se aprueba las normas que la Constitución o las leyes encargan al Poder Ejecutivo.

BIBLIOGRAFÍA

- CHANAME ORBE, Raúl. *Comentarios de la Constitución Política*. Lima: Editores Jurista, 2005.
- CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993 Lectura y Comentarios*. Lima: 1997
- FERRERO COSTA, Raúl. *Teoría del Estado*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Mayor de San Marcos, 2003.
- Ministerio de Justicia. *Plan Nacional de los Derechos Humanos – Perú*. Lima: Editorial Ministerio de Justicia, 2008.





Bruno Portuguese

"Cargadores de Paja"

del proceso penal, de manera que la función de investigación corresponda exclusivamente al Ministerio Público y la de decisión, a los órganos jurisdiccionales, según lo dispuesto en los artículos IV y V del Título Preliminar. En consecuencia, el Código regula las funciones del Ministerio Público en el ámbito de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria. Estas tareas serán desarrolladas con el apoyo de la Policía Nacional, de manera que el fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito con plenitud de iniciativa y autonomía. Así, la función de control jurisdiccional de la investigación y la función decisoria están reservadas de manera exclusiva a los órganos jurisdiccionales.

El cambio del modelo inquisitivo al modelo acusatorio tiene impacto en las funciones del Ministerio Público en el proceso penal. Implica el potenciamiento de la institución en la medida en que se le han agregado nuevas facultades a las ya tradicionales, como la de ser el titular del ejercicio de la acción penal pública. Tales facultades lo ubican como un protagonista central del nuevo modelo procesal. El Ministerio Público debe ser fuerte y protagonista, responsable de llevar adelante la investigación de los delitos, acusar a los presuntos responsables y ejercer facultades discrecionales relevantes para mantener la carga de trabajo del sistema en volúmenes razonables.

Como lo sostiene Mauricio Duce, *“las reformas al sistema de enjuiciamiento criminal emprendidas en Latinoamérica, desde mediados de la década del 80, junto con producir modificaciones muy relevantes en la estructura del proceso tradicional en la región han tenido también un impacto muy significativo en la reconfiguración institucional del Ministerio Público. Los cambios realizados al Ministerio Público han sido indispensables para adecuar a dicha institución de conformidad al rol y funciones requeridas por el nuevo modelo procesal penal de carácter acusatorio”*.⁴

Las funciones del Ministerio Público en el contexto de los sistemas inquisitivos reformados o mixtos es muy secundaria, pues los fiscales cumplen funciones de carácter burocrático no activo. En realidad, se trata de un rol absolutamente irrelevante que ha influenciado en los aspectos organizacionales de la institución.

Para el cambio se le ha agregado nuevas facultades a la ya tradicional de ser el titular del ejercicio de la acción penal pública. Se le ha adjudicado la responsabilidad de llevar adelante la investigación preparatoria de los delitos y algunas facultades discrecionales para el ejercicio de la acción penal. Con ello, se esperaba que el Ministerio Público fuera capaz de contribuir en la consolidación del nuevo sistema procesal en tres áreas: a) Colaborar en forma decisiva en la abolición del sistema inquisitivo, b) Constituirse en el motor que impulsara el trabajo

⁴ DUCE, Mauricio. *Nuevo Código Procesal Penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 89.

medular del nuevo sistema y c) Debía asumir el liderazgo en la promoción y protección de las víctimas.

El Ministerio Público es una institución clave para desformalizar la etapa de investigación criminal que, por sus características burocráticas excesivamente ritualizadas, es uno de los aspectos más deficitarios del sistema inquisitivo. El nuevo modelo requiere que el Ministerio Público sea capaz de dinamizar el proceso de investigación criminal haciéndolo más flexible, desarrollando trabajo en equipos, coordinando el trabajo policial. Además, es necesaria la actuación del Ministerio Público para desarrollar una política de control de la carga procesal que permita al sistema funcionar con eficiencia y calidad.

Para que el Ministerio Público pueda cumplir sus nuevas funciones era indispensable modificar las disposiciones constitucionales o las leyes orgánicas. Ello se ha realizado en la mayoría de países ubicando institucionalmente al Ministerio Público como un organismo extra poder. Así ocurre en Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, y Venezuela. Sin embargo, con posterioridad a ello, los problemas que pueden detectarse en su trabajo se relacionan con su rol institucional y con su rol procesal.

Problemas del rol institucional del Ministerio Público

Se trata de aspectos de conducción institucional o comprensión del rol general de la institución en el nuevo sistema. Según el proyecto de seguimiento de las reformas judiciales en América Latina se han identificado cuatro problemas de este tipo.

En primer término, destaca la falta de capacidad de identificación de problemas y la propuesta de soluciones innovadoras e incapacidad institucional para identificar cuáles son los núcleos problemáticos y las dificultades que enfrentan los fiscales en el cumplimiento de sus funciones.

En segundo lugar, no existe una comprensión adecuada de ciertas funciones de la institución, pues no ha sido sencillo la instalación del nuevo rol de persecución penal en manos de los fiscales. Los jueces no han dado espacio a los fiscales para intervenir de forma relevante en el proceso o los propios fiscales no han tenido suficiente fuerza para abrir un espacio en el sistema para el cumplimiento de sus roles.

En tercer lugar, no hay liderazgo institucional, mientras que en muchos países los fiscales, a niveles operativos, gozan de importantes grados de autonomía y toman decisiones sin considerar una visión general más estratégica.

Finalmente, existe una escasa cultura de rendición de cuentas públicas de la gestión realizada. Existe poca disposición para entregar información para someter la gestión institucional a escrutinio público. Los fiscales se perciben como operadores estrictamente jurídicos y no como agentes que cumplen una función social relevante. El secreto y la reserva se han constituido en patrones o normas de funcionamiento dentro de un esquema netamente inquisitivo. Existe una errada comprensión del significado de la autonomía institucional que ha sido entendida como inmunidad o un estatuto jurídico que blinda a la institución frente al control público. *“La autonomía lejos de representar mayores niveles de control y responsabilidad por parte de los ministerios públicos ha sido entendida como un estatuto jurídico de protección frente a ellas”*.⁵

Problemas del rol procesal del Ministerio Público

En el proyecto de seguimiento de las reformas judiciales en América Latina se han identificado cuatro problemas en este campo.

El primer problema ha sido el escaso impacto que ha tenido el trabajo del Ministerio Público en dinamizar la etapa de instrucción, pues ha repetido los métodos de trabajo del sistema inquisitivo y se ha organizado de manera refleja respecto de las estructuras judiciales, con iguales sistemas para asignación de casos, sin especialización de funciones. Del mismo modo, ha seguido una pauta homogénea, formalista y burocrática de tramitación de casos destinada, como objetivo principal, a la construcción del expediente.

En segundo lugar, hay una limitada capacidad para controlar la carga de trabajo, puesto que el sistema de justicia debería estar en condiciones de manejar razonablemente los casos que conoce. Por ello, la reforma estableció criterios que le permitieran desarrollar una política de control de la carga de trabajo con el objetivo de superar la situación que imponía la vigencia del principio de legalidad en el sistema inquisitivo.

En tercer lugar, no se ha transformado en un agente relevante en la promoción y protección de las víctimas, no obstante haberse producido avances significativos en materia de diseño normativo de derechos a favor de las víctimas. El Ministerio Público no se ha convertido en un actor vigoroso en la promoción y protección de los mismos. Los fiscales no perciben que las víctimas constituyen clientes cuya opinión deben considerar para tomar decisiones acerca de la persecución penal. Falta sensibilizar a los fiscales respecto de las necesidades de las víctimas.

⁵ DUCE, Mauricio. *Op. cit.*, p. 107 ss.

Finalmente, la relación del Ministerio Público con la Policía Nacional constituye otro aspecto problemático, puesto que las relaciones entre tales instituciones es deficiente. Esto origina problemas en la consolidación de la reforma, pues no se han incorporado reformas significativas en la organización policial. Uno de los aspectos problemáticos ha sido el significado de dirección funcional del Ministerio Público sobre la Policía Nacional para los efectos de la investigación. Algunos fiscales han considerado que tal dirección les da poder sobre el trabajo policial sin considerar la experiencia de los investigadores policiales. Estos problemas se han traducido en incomprensión y falta de comunicación. Los fiscales no se han acercado a los policías para desarrollar relaciones constructivas para llevar adelante el trabajo de investigación del delito.

En consecuencia, es urgente dotar al MP de una nueva ley orgánica en virtud de la cual pueda adoptar una organización *ad hoc* para el cumplimiento de su misión institucional. Se debe establecer con precisión las funciones y atribuciones de los fiscales de todos los niveles y especialidades. También se debe dar una ley de la carrera fiscal basada en criterios modernos de administración estableciendo las funciones de planeamiento, organización, dirección y control de la carrera. La nueva administración por Resolución 639-2008-MP-FN conformó una comisión que ha elaborado un anteproyecto de ley de carrera fiscal. Se ha contado con el asesoramiento de un experto en administración y, por lo tanto, hay un trabajo técnico que será presentado como iniciativa legislativa.

En este periodo de transición hacia la implementación del CPP, sería importante aprobar un reglamento para el desarrollo de la Investigación Preliminar estableciendo su finalidad, objetivos, plazos de actuación, facultades de los fiscales, mecanismos de control de calidad del trabajo. Es importante adoptar una política institucional tendiente a la desestimación de denuncias a través del ejercicio de las facultades discrecionales, ello permitiría lograr la descarga procesal y, al mismo tiempo, fortalecería el ejercicio de las funciones de investigación.

La Policía Nacional del Perú

Hasta el 4 de abril de 1852 en que se reorganizó y se creó la gendarmería integrada por elementos de reserva y de tropa del ejército, los primeros cuerpos de policía que se conocieron en el Perú fueron los serenos y vigilantes. En 1861, la gendarmería se dividió en dos batallones: Batallón de Gendarmería N° 1 de Infantería y Batallón de Gendarmería N° 2 de Caballería.

El 7 de agosto de 1919, durante el gobierno de Augusto B. Leguía, en base al batallón de gendarmería N° 1 se creó la Guardia Republicana del Perú. Su misión era la seguridad de las fronteras, de los penales y de los edificios públicos. El 3 de julio de 1922 en base al

Batallón de Gendarmería N° 2 se creó la Benemérita Guardia Civil del Perú. Su misión era la prevención y el resguardo del orden público. El 15 de setiembre de 1948 se creó el Cuerpo de Investigaciones, policía civil, conocida posteriormente como Policía de Investigaciones del Perú. Su misión era investigar los delitos y las faltas. Así, en nuestro país existieron tres cuerpos de policía con misiones y funciones diferentes.

En cuanto a la policía y su relación con la investigación del delito, el CdPP de 1940, en su artículo 59, menciona a la Policía Judicial y señala que tiene como función auxiliar a la administración de justicia investigando los delitos y las faltas y descubriendo a los responsables para ponerlos a disposición de los jueces. Establecía, además, la instrucción mediante un atestado. Esta facultad la ejerció por poco tiempo para pasar, luego, a ser una facultad de la policía en general. El artículo 64 establece que los jueces y los miembros del Ministerio Público podrán ordenar a los funcionarios de la Policía Judicial la práctica de las citaciones y detenciones necesarias para la comparecencia de los procesados, testigos y peritos.

Como observamos, en funciones de investigación del delito solo puede intervenir un cuerpo de policía, o Policía Judicial o policía técnica o cuerpo técnico de investigaciones. Luego, la investigación del delito no es función de la institución policial en su conjunto, la cual tiene otras muchas funciones y atribuciones previstas en la Constitución y en su Ley Orgánica. Además, debemos tener en cuenta que la policía en el Perú se ha formado en base a oficiales de reserva y elementos de tropa del ejército. Siempre ha tenido una formación militarizada y una clara vocación autoritaria, reforzada por el gobierno de Juan Velasco Alvarado mediante el reconocimiento de grados equivalentes a los de las FF.AA.

La Constitución Política de 1979 reguló la función de las fuerzas policiales señalando que les corresponde mantener el orden interno, preservar y conservar el orden público, prevenir y combatir la delincuencia. Esta norma determinó que la policía en general considerara que su función es la investigación del delito. Es por ello que, a partir de entonces, reclamó intervenir en esta actividad de forma exclusiva y autónoma, inclusive con la atribución de calificar jurídicamente el resultado de la investigación y determinar responsabilidades. Al finalizar la década del 80, durante el gobierno de Alan García Pérez, se procedió a la unificación de las FF.PP. en un solo cuerpo: la Policía Nacional del Perú.

La Constitución de 1993 en su artículo 166 asigna a la Policía Nacional, entre otras funciones, prevenir, investigar y combatir la delincuencia. Sin embargo, esta disposición tiene que ser interpretada en concordancia con lo dispuesto por el artículo 159 inciso 4 que concede al Ministerio Público la facultad de conducir desde su inicio la investigación del delito. Es decir, sus facultades para prevenir, investigar y combatir la delincuencia debe

realizarlas en estrecha coordinación y bajo las instrucciones del Ministerio Público. En consecuencia, la policía que interviene en investigación del delito es un órgano auxiliar, tal como fue concebida en el código del año 40 y como está considerada en todo el mundo. La Ley Orgánica de la Policía Nacional pretende ignorar la existencia del Ministerio Público, sin embargo en todas las investigaciones sobre delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y corrupción de funcionarios actúa con el Fiscal titular del ejercicio de la acción penal.

La Ley Orgánica de la Policía Nacional promulgada en diciembre de 1999⁶ establece su definición, funciones, atribuciones y facultades ejercidas de conformidad con la Constitución y la ley. En ningún caso, se hace referencia a que las mismas tienen que ser ejercidas en estrecha coordinación con el Ministerio Público, cuyos mandatos está obligada a cumplir cuando se trata de la investigación del delito. La policía no ha tomado en cuenta que el Ministerio Público es el órgano encargado de la persecución del delito y que el fiscal es titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba, de manera que ejerce el control jurídico del desarrollo de la investigación.

La policía en la legislación comparada

Veamos cómo funciona la policía que interviene en investigación del delito en otros países. En Colombia, el artículo 250 de su Constitución Política⁷ establece que corresponde a la Fiscalía General de la Nación “3) *dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley.*” Por su parte, el Código de Procedimiento Penal⁸ en su artículo 114 establece que corresponde a la Fiscalía General de la Nación “5) *dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley*” y el artículo 311 establece que “*el Fiscal General de la Nación o sus delegados tiene a su cargo dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente o especial cumplen los organismos previstos en la ley*”.

En Guatemala, la LOMP⁹ en su artículo 1 establece que es una institución con funciones autónomas, promueve la acción penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública, para lo cual cuenta con el auxilio de la policía nacional civil. En el inciso 3, indica con toda precisión “*dirigir a la policía y los demás cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de los hechos delictivos*”.

⁶ Ley promulgada con el número 27238 y publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 22 de diciembre de 1999.

⁷ *Constitución Política de Colombia*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998.

⁸ *Código de Procedimiento Penal*. Lima: Editorial Doctrina y Ley, 2001.

⁹ Congreso de la República de Guatemala. Decreto N° 40-94.

En Chile, el artículo 79 del Código Procesal Penal establece que *“la policía de investigaciones de Chile será auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y deberá llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este Código de conformidad a las instrucciones que le dirigieran los fiscales. Tratándose de la investigación de hechos cometidos en el interior de establecimientos penales, el Ministerio Público también podrá impartir instrucciones a gendarmería de Chile, que actuará de conformidad a los dispuesto en este código”*.¹⁰

El artículo 80 establece que los funcionarios policiales ejecutaran sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que estos les impartieran para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieran.

En nuestro país, el artículo IV del Título Preliminar del CPP, coherente con el mandato constitucional, establece que *“el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio. Está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. Con esta finalidad, dirige y controla los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”*.

Asimismo, el artículo 69 establece que *“sin perjuicio de las directivas específicas que el Fiscal correspondiente imparte en cada caso a la Policía, el Fiscal de la Nación regulará mediante instrucciones generales los requisitos legales y las formalidades de las actuaciones de investigación, así con los mecanismos de coordinación que deberán realizar los fiscales para el adecuado cumplimiento de las funciones previstas en este código”*. Ni el CdePP ni su propia Ley Orgánica han señalado las funciones de la Policía con tanta precisión, como lo hace el CPP, cuyo artículo 68 establece que la Policía Nacional, en función de investigación bajo conducción del Fiscal, podrá realizar diferentes diligencias propias de la investigación del delito.

En consecuencia, para el ejercicio de esas facultades es fundamental una nueva Ley Orgánica de la Policía Nacional, pues en el nuevo modelo la policía interviene como órgano técnico que presta auxilio y actúa bajo la dirección del Fiscal y necesita, para ello, contar con manuales de organización y de funciones de conformidad con la Constitución y el NCPP. Asimismo, es necesario organizarla de otra manera y capacitarla para tener una policía propia de un Estado de Derecho.

El Abogado Defensor

Dentro del principio constitucional del derecho de defensa, nos encontramos con un

¹⁰ *Código Procesal Penal de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

elemento muy importante cual es el abogado defensor. Este es el asistente técnico del imputado y puede ser de confianza o formal, según sea un abogado de libre elección o de oficio. Este aspecto está regulado por el artículo 10 de CPP al establecer que “*el Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos, no puedan designar abogado defensor de su elección o cuando sea indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar a legalidad de una diligencia y el debido proceso*”.

Doctrinariamente, se conoce como defensa técnica a esta parte del derecho de defensa. Vélez Mariconde la define como la asistencia que un jurista graduado brinda al imputado y su intervención durante el proceso procurando en su favor.¹¹ Julio Maier señala la necesidad del imputado de contar con un abogado defensor aun contra su voluntad ya que, “*el defensor viene, así, a completar o complementar la capacidad del imputado para estar en juicio penal y esa es la única función que él cumple*”.¹² La intervención del abogado defensor en el proceso penal es de suma importancia, porque con su asesoría el imputado puede hacer valer todos los derechos que le asisten y así hacer frente al poder del Estado y a su maquinaria judicial.

El artículo 84 del CPP establece que el abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión. El derecho de defensa está amparado por los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. En tal virtud, la Organización de las Naciones Unidas ha aprobado los principios básicos sobre la función de los abogados.¹³

La defensa de oficio en los países de la región Latinoamérica y el Perú no es la excepción. Se ha desarrollado de un modo muy pasivo, aunque al servicio del procesado. Esto se ha traducido en que no haya una verdadera igualdad de armas entre el defensor y el fiscal acusador. Actualmente, *ad portas a* la implementación de un proceso adversarial, es necesario replantear la defensa de oficio como manifestación de un derecho de defensa que defienda los intereses de los procesados con calidad y eficiencia.

Tanto a nivel del Ministerio Público como de los órganos jurisdiccionales existirá un defensor de oficio nombrado por el Ministerio de Justicia con derecho a percibir la remuneración que le señala la ley de presupuesto. Procede también el nombramiento de defensor de oficio en caso de existir defensas incompatibles, es decir, en el caso de un proceso penal con pluralidad de procesados cuyos intereses son contrapuestos. El nuevo modelo requiere abogados que ejerzan plenamente el derecho de defensa, por ello, respecto al Servicio

¹¹ VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal*. T.II, p. 380.

¹² MAIER, Julio. *Op. cit.*, p. 315.

¹³ *Principios básicos sobre la función de los abogados aprobados por el 8vo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente*, celebrado en La Habana Cuba del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990.

Nacional de la Defensa de Oficio, sería necesario analizar si es conveniente que el mismo exista bajo la dependencia del Ministerio de Justicia o si podría depender de un organismo autónomo como la Defensoría del Pueblo. Este tema requiere una regulación normativa y un agresivo plan de capacitación.

Rol de los órganos jurisdiccionales

*“El procedimiento inquisitivo estructurado sobre la base de un juez investigador, acusador y sentenciador requiere a Dios como Defensor”.*¹⁴ Pese a la regulación normativa de carácter constitucional, aún nos encontramos frente a un modelo procesal penal básicamente inquisitivo, caracterizado por la escrituralidad, el burocratismo en la tramitación procesal y el culto al expediente.

Por otro lado, tiene como obstáculo a la reserva, pues, por un lado, esta se convierte en secreto de las actuaciones sumariales originando serias restricciones al derecho de defensa y, por otro, reconoce valor a los actos de investigación para fundamentar la sentencia, pero omitiendo la realización del juicio y concentrando las facultades para investigar y resolver conflictos penales en un solo órgano: el Juez Penal. Como se ve, en este proceso se manifiestan violaciones flagrantes a la imparcialidad judicial, al juicio previo, al derecho de defensa, al debido proceso y la tutela jurisdiccional.

En los sistemas procesales inquisitivos o mixtos el juez decide la apertura del procedimiento cuando, según los resultados de la investigación, aparece el imputado suficientemente sospechoso de un hecho punible. En otras palabras, es el juez quien considera si el imputado es suficientemente sospechoso, de qué delitos y en qué condiciones debe presentarse la acusación.

El principio de división de poderes en el NCPP restringe la tarea de los jueces a funciones decisorias y de control propias del Poder Judicial. En este esquema, el juez asume su rol de garante de la vigencia plena de los Derechos Humanos. El NCPP instituye tanto al Juez de la Investigación Preparatoria como al Juez Penal o Juez de Juzgamiento.

¹⁴ DI LERTORA, Romeo. *La transición al nuevo Proceso penal. Manual para abogados*. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica La Ley, 2004, p. 17.

El Juez de Garantías

Actualmente, no se puede concebir la idea de Estado de Derecho sin el concurso de dos elementos más: Democracia y Derechos Fundamentales. No se puede hablar del uno sin el otro. No cabe duda de que los Derechos Fundamentales, como limitación al poder estatal, son un logro del Estado de Derecho, al constituir poderes que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para proteger cualquier aspecto de su desarrollo integral en cuanto ser humano en el seno de una comunidad.¹⁵ Los Derechos Fundamentales tienden a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de las personas no solo frente a los demás miembros del cuerpo social, pues, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional Español, en sentencia del 18 de noviembre de 1993, *“la eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse a costa de los derechos y libertades fundamentales. Por tal razón, se ha instituido la figura del Juez de Garantías”*.

En Argentina en la provincia de Buenos Aires, el Juez de Garantías cumple, en términos de Bertolini, diversas funciones entre las que destacan:

1. La protección de la víctima del delito.
2. La disposición y cese de las medidas de coerción, asegurando los principios de adecuación, proporcionalidad y subsidiariedad.¹⁶
3. Las actividades de control (declaración del imputado y duración de la investigación penal preparatoria).

Se trata, en resumen, de un Juez Constitucional encargado de custodiar las garantías constitucionales individuales, así como su competencia, independencia e imparcialidad.

En Chile, también se ha establecido la intervención de un Juez de Garantías que controle jurídicamente el desarrollo de la investigación preparatoria. El artículo 70 dispone que “se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el Ministerio Público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución” y el artículo 186 dispone que *“cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al Juez de Garantías que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”*.

¹⁵ GIL HERNÁNDEZ, Ángel. *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex, 1995, p.13.

¹⁶ Bertolino, Pedro. *El Juez de Garantías en el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires*, www.eldial.com/suplementos/penal/edito8.asp

En Colombia, el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal establece que *“toda persona tiene derecho a que se respete su libertad, por ello el Juez de Control de Garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas (...) en todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al Juez de Garantías en el menor tiempo posible sin superar las 36 horas siguientes”*.

En el Perú, al juez encargado de controlar jurisdiccionalmente el desarrollo de la investigación se le denomina Juez de Investigación Preparatoria y sus facultades, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 29 y 323 del NCPP, son entre otras las siguientes:

1. Conocer las cuestiones derivadas de la constitución de las partes durante la investigación preparatoria.
2. Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos y, cuando corresponda, las medidas de protección.
3. Resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales.
4. Realizar el procedimiento para la actuación de la prueba anticipada.
5. Conducir la etapa intermedia y la ejecución de la sentencia.
6. Ejercer los actos de control del cumplimiento de los plazos y otros actos de control que estipula el Código.

Por otro lado, el artículo 71 establece que *“Cuando el imputado considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria sus derechos no son respetados o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan”*.

La razón de este cambio radica en asignarle al juez a cargo del juicio una actuación imparcial, por ello se ha instituido al Juez de Juzgamiento, órgano jurisdiccional distinto del Juez de Garantías. Se intenta, con ello, que los juicios tengasn que ser debidamente preparados y que solo sea posible llegar a ellos luego de una conveniente actividad responsable. Los jueces de juzgamiento serán unipersonales y colegiados y siempre de primera instancia. Sin embargo, en el Perú el Juez de Primera Instancia o Juez Instructor tiene experiencia en investigación, pero no en juzgamiento.

El Juez de Juzgamiento es imparcial, de manera pasiva observa una contienda entre iguales, carece de iniciativa probatoria y de facultades oficiosas y desarrolla el ejercicio de la autoridad en función del equilibrio de las partes que es el eje de lo acusatorio. Un juez ajeno al sistema político y extraño a los intereses particulares de un oponente y a los generales del otro solo está vinculado al mandato de la ley en su obligación de ver cuál de las dos posiciones encontradas es verdadera y cuál, no. Carece de condicionamientos de representatividad y de cualquier otro orden, ni siquiera está condicionado por la mayoría, puesto que el juez que juzga en nombre del pueblo no lo hace en nombre de las mayorías, sino que debe responder antes los poderes legislativo y ejecutivo.

El NCPP sostiene que el proceso esté dirigido, en su etapa decisoria por un juez imparcial. Al respecto, el artículo 1 del Título Preliminar establece que la justicia penal se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes. El Juez Penal, como funcionario público, está vinculado a principios como el de igualdad, garantizado por el apartado tres del citado artículo que establece la obligación de igualdad procesal debiéndose allanar todos los obstáculos que impidan o modifiquen su vigencia. Otros principios que regulan la función judicial son los de eficacia, economía, celeridad, publicidad y sobre todo imparcialidad, todos reconocidos constitucionalmente por el artículo 139.

El juez que requiere *“el sistema acusatorio es un juez respetuoso del enfrentamiento de las partes garantes del equilibrio de la igualdad de la presunción de inocencia, de la duda probatoria, del debido proceso, del principio de estricta legalidad, de la favorabilidad, del respeto por el derecho a la defensa, de la impugnación, de la contradicción, de la concentración de la prueba, de la oralidad, de la celeridad, de la publicidad, de la no auto incriminación, de la exclusión de pruebas ilegales y, en general, de todas las garantías, siempre con apego, solo a la ley. En todo caso, se trata de un juez sin compromiso con la búsqueda de la verdad, diferente de la valoración de la valoración de la que le traen las partes de manera legal. Sin compromisos con la sociedad, sin prejuicios ni apasionamientos, se trata de un juez justo no protagonista de la contienda, pero sí celoso garante de los derechos de las partes”*.¹⁷

Un juez imparcial es aquel que no está comprometido con ninguna de las partes, que juzga solo en aras de la justicia, sin interés en que gane uno u otro de los contendientes. El juez no busca la verdad, solo juzga la legalidad y la certeza de la verdad que le traen las partes, principalmente la Fiscalía. En resumen, el sistema acusatorio supone la existencia de un fiscal sin funciones judiciales y un juez sin compromiso con la investigación.

¹⁷ ARIA DUQUE, Juan Carlos. *El sistema acusatorio colombiano. Análisis desde su implementación*. Bogotá: Ediciones Jurídicas André Morales, 2006.

Por esa razón, el Juez Penal que se encarga de la etapa de juzgamiento es un órgano diferente del Juez de Garantías. Al respecto, el artículo 28 establece que *“los juzgados penales colegiados integrados por tres jueces conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la ley, en su extremos mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años. Los juzgados penales unipersonales conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los juzgados penales colegiados. Estos juzgados están encargados exclusivamente de dirigir la etapa de juzgamiento”*.

Observemos que todo el proceso se desarrolla en primera instancia, los vocales superiores no tienen intervención en el juzgamiento, sino que van a intervenir para resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las sentencias que emitan los jueces de la investigación preparatoria y los jueces de juzgamiento. La Corte Suprema solo resolverá en casación de determinados casos.

En consecuencia, el NCPP demanda con urgencia una Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial que regule la organización de los órganos jurisdiccionales, sus funciones, atribuciones y el ámbito de su competencia. Asimismo, se requiere de una ley de carrera judicial. Pero la reforma del sistema procesal no solo se basa en el cambio de leyes, sino que la reforma es esencialmente un problema cultural, puesto que se requiere un cambio de mentalidad que permita abandonar los viejos esquemas y las formas de actuación propias del sistema inquisitivo y ello solo se logrará con un agresivo proceso de capacitación llevado a cabo con una orientación diferente a la actual.





Bruno Portuguese

"Amor Andino"

Sistemas de Jurado modificado

Mirtha Elena Medina Seminario*
César Augusto Vásquez Arana**

* Fiscal Provincial Penal del Distrito de Lima.

** Profesor de la Universidad Alas Peruanas, Doctor en Derecho, Juez Especial Penal del Distrito Judicial de Lima.

Lex

En la preocupación de solucionar el problema de la administración de justicia en el Perú y así mejorar la demora en la solución y culminación de los procesos, surge la interrogante: ¿El establecimiento de un Sistema de Jurado es una alternativa viable para la solución de la crisis del sistema procesal penal en el Perú? Para intentar desarrollar esta pregunta, nos hemos animado a presentar este artículo, recogido a partir de trabajos realizados sobre el sistema de jurado, entendiendo que la incorporación de un jurado al proceso es concebida para preservar la paz social. De esta manera, a fin de comprender la realidad actual, hacemos una reconstrucción de cómo ha funcionado este sistema en el trascurso de la historia.

1. Nociones del Sistema de Jurado

La noción de sistema de jurados ha evolucionado desde sus inicios, sin embargo siempre ha estado ligada a la participación ciudadana en el servicio de administración de justicia. Por ello, Dillehay¹ hace una comparación psicosocial entre el jurado americano y el español, al tratar sobre la evolución de la institución del jurado en casos criminales, y señala que está compuesto por miembros de la comunidad con conocimiento personal sobre el caso y probablemente implicado en sus consecuencias, compuesto, en teoría al menos, por jurados sin prejuicios y sesgos, que valora la evidencia objetivamente y emite un veredicto objetivo sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Los veredictos deben estar fundamentados solamente en la evidencia presentada en juicio.

Por su parte, el jurista nacional Aníbal Torres Vásquez², al comentar sobre sistemas jurídicos contemporáneos específicamente en lo referente a los tribunales de justicia en el derecho inglés anota que *“El jurado está compuesto por doce miembros, a veces nueve personas, no profesionales del Derecho, que se pronuncian sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, adoptándose las decisiones por unanimidad”*. Y, en lo referente a la idea del Derecho en los

¹ Cf. Psicología Política, n° 20, 2000, p.94.

² *Introducción al Derecho*, p. 769.

Estados Unidos de Norteamérica, añade que los jueces no entran en la apreciación de los hechos, solamente se limitan a pronunciarse sobre los fundamentos de Derecho.

De esta manera, el jurado es el que aprecia los hechos tanto en materia civil como en penal y en este sentido la tradición inglesa se ha conservado mejor en Estados Unidos que en Inglaterra. El juicio llevado a cabo por el tribunal es presidido por un juez que emite decisiones sobre leyes aplicables, que da instrucciones al jurado e informa sobre las leyes específicas que gobiernan el caso y que deben orientar sus deliberaciones, además expresa los puntos importantes del caso y define el criterio de pruebas que los jurados deben aplicar, pues *“los miembros del jurado son los únicos que juzgan los hechos y la credibilidad de los testigos y emiten un veredicto conforme a las instrucciones de la ley, de acuerdo a como la haya interpretado el juez”*.

2. Antecedentes históricos

El juicio por jurados se ha considerado a lo largo de la historia como una institución jurídica de naturaleza procesal concebida para preservar la paz social. Las características absolutas con que eran inevitablemente revestidos los juicios penales en las naciones monárquicas, llevaron a la creación de un institución que fuese capaz de frenar estos abusos de poder.

En la Inglaterra medieval donde tienen su origen, los jurados impedían que el gobierno, incluso el gobierno democrático, llevara a cabo procesos judiciales opresivos. Estaba conformado por grupos de doce hombres “buenos y libres” de cada comunidad que eran convocados para ayudar al rey a administrar justicia. Durante siglos, estos grupos basaban sus decisiones en su conocimiento de las transgresiones locales. Pero, a medida que Inglaterra se fue haciendo más populosa, estos jurados dejaron de depender de las habladurías vecinales y cada vez basaron más sus decisiones en pruebas presentadas ante el tribunal. Cuando el régimen jurídico estadounidense adoptó el modelo británico, se advertía a los miembros del jurado que rechazasen todo cuanto pudieran saber del caso y basaran su decisión exclusivamente en las pruebas presentadas ante el tribunal.

Los británicos habían considerado los juicios por jurado una poderosa protección contra la opresión del monarca, pero existía una razón más práctica para mantenerlos. El derecho inglés preveía severos castigos, incluso la pena de muerte. Los jurados británicos servían para mitigar el impacto de este rigor al exonerar a los acusados o declararlos culpables de delitos menos graves.

Guillermo Erbeta recuerda que esta institución nació como medio para frenar el absolutismo de los reinos en los juicios penales y agrega, con fino sarcasmo, que hoy constituye

el medio para frenar el absolutismo de los poderes democráticos. Luigi D'Orsi nos dice que, en realidad, esta institución fue implementada en Inglaterra como resultado de los usos y costumbres, y se incorporó al "common law" constituyendo una parte esencial del mismo. El instituto del jurado se formó plenamente hacia los inicios de la dinastía Tudor, por influencia del Derecho francés. Es así que surgieron grupos de personas que recogían la información necesaria para el descubrimiento de la verdad. El jurado evolucionó hasta transformarse en Juez de Pruebas, admitiéndose en el siglo XVI la actividad de defensa.

Jáuregui añade que, antes del siglo XIX, el jurado era considerado sin discusión como una garantía contra los abusos de la prerrogativa real de hacer justicia y como defensa contra el poder de los jueces o de las cortes. Esta opinión, es compartida por Sagües, para quien el jurado constituye una garantía de libertad y de recta administración de justicia que se plasma en el derecho que tienen los ciudadanos a ser juzgados por sus pares.

Para otros juristas, las raíces de esta figura las encontramos en las asambleas populares de Grecia, constituidas por los *heliastas* o jueces. Se trataba de un tribunal formado por 6000 ciudadanos, 600 por tribu, sorteados entre los ciudadanos de más de 30 años, que duraban un año en su cargo y decidía en cuestiones judiciales a través del voto.

Como era un cuerpo demasiado numeroso, para sus deliberaciones se dividía en diez secciones de quinientos miembros cada una, eligiéndose mil suplentes. Esta cantidad excesiva de jueces fue perjudicial para el funcionamiento de la justicia. Las atribuciones judiciales de este órgano eran amplias, pues entendía en casi todo tipo de crímenes, menos los asesinatos, que correspondían al *areópago*.

La importancia de este enjuiciamiento ático es el inicio del sistema de acusación popular, en el que cualquier ciudadano podía perseguir penalmente los delitos públicos. Era un sistema netamente acusatorio que fue popular por esa legitimación de perseguir penalmente. Este procedimiento ático fue adoptado por los romanos que observaban y reelaboraban todo aquello que consideraban provechoso para su cultura.

En los asuntos criminales, en la etapa de las *legis actiones*, la actividad del Estado se manifestaba tanto en el proceso público como en el privado. En el privado, el Estado actuaba como una especie de árbitro, que escuchaba a las partes y, basándose en lo que éstas exponían, resolvía el caso.

Durante la monarquía, el procedimiento fue inquisitivo, iniciándose el uso del tormento hacia la persona del acusado y en algunos casos hasta de los testigos. Los pretores, los procónsules, los prefectos eran los que juzgaban.

Este proceso cayó en descrédito, por lo que se adoptó el proceso penal público, llamado así porque el Estado sólo intervenía en casos donde se veía afectado el orden público y la integridad política. Los romanos plasmaron, durante la república y en los primeros siglos del imperio, la *provocatio ad populum* de las sentencias de los magistrados, que consistía en otorgar al pueblo la posibilidad de evitar o reemplazar la pena dictada que consideraban abusiva o injusta. Era la apelación al pueblo reunido en comicios para evitar la ejecución de la sentencia, especialmente contra los que imponían una pena capital. Esta institución romana constituyó el origen del procedimiento público ante una asamblea popular.

En el derecho germánico, el proceso funcionó como un sistema acusatorio de tipo privado donde el ofendido, o su familia directa, estaban legitimados para perseguir penalmente. Se planteaba como una lejana imagen del duelo y lucha entre dos partes, en la que el juez era un mero espectador. El que acusaba y el que se defendía en un juicio público oral que se llevaba a cabo frente a una asamblea popular decidían el caso. La acción penal se caracterizaba por ser una especie de duelo entre individuos, familias o grupos sin intervención de la autoridad. De esta manera, el proceso era sólo una continuación reglamentada de la guerra. Ganaba el proceso quien ganaba la lucha, sin importar la verdad.

Después de la caída del Imperio Romano, en la alta Edad Media, ese poder de tipo privado se transfiere al poder político central. La investigación se torna secreta, se hace por escrito y aparece la figura del inquisidor. Surge como una forma jurídica conveniente al desarrollo y al mantenimiento del poder absoluto. Se trata del fenómeno conocido como “recepción del Derecho romano - canónico en Europa continental”, nombre con el cual se conoce todo el sistema judicial correlativo a ese tipo de organización política. Surgido en la decadencia del imperio romano y desarrollado como Derecho universal, pasa a ser Derecho eclesiástico y, posteriormente, laico, en Europa continental, a partir del siglo XIII de la era cristiana.

Esta organización, conforme a sus fines, afirmación del poder central y control social de los súbditos, en lugar de solucionar los conflictos individualmente, modifica abruptamente la manera de operar; transforma el procedimiento en una encuesta o investigación escrita y secreta, que inicia el propio inquisidor, de oficio, sin atención a la voluntad de la víctima real, conforme sólo a las necesidades del poder, que no conoce límites para llegar a la verdad. El inquisidor soluciona el caso de acuerdo a la investigación que realizó y lo registra en actas que él mismo confecciona. La víctima real, el individuo, desaparece tras la persecución penal oficial, privado de todos sus derechos de actuar y de intervenir en el proceso. En Inglaterra, alcanza su apogeo durante el reinado de la Casa Tudor y se distinguen cinco tipos: el juez ordinario, el juez especial, el gran juez, el juez de coronas y el juez de expropiación.

Encontró su mayor prestigio entre los *inquisites* de los normandos y, sobre todo, en relación con los medios probatorios. Así nacieron grupos de personas que recogían pruebas e información sobre hechos delictivos que eran entregadas a los jurados para descubrir la verdad. Este sistema tiene como punto de partida la Carta Magna de 1216, aboliéndose las “ordalías” como medios probatorios.

En el siglo XVII, fue utilizado en Inglaterra para luchar contra la corrupción gubernamental. Luego de varias transformaciones, a partir del siglo XIX, se convierte en lo que es actualmente. Así, durante el siglo XIX, se trató de encontrar una posición intermedia entre los dos sistemas. El procedimiento anglosajón es un ejemplo de ello, ya que aceptó principios de la inquisición, persecución penal pública y averiguación de la verdad, pero con limitaciones en los métodos y respetando la dignidad humana. Este se conoce con el nombre de Proceso Inquisitivo Reformado, donde la etapa inicial o de instrucción preparatoria era escrita y secreta y la etapa final era acusatoria, basada en un juicio oral público que daba la base para que se dictara sentencia. Entre estas dos etapas había una intermedia que controlaba lo investigado y permitía pasar a la otra etapa.

En cuanto a la aplicación del jurado en otros estados europeos, puede citarse el caso de Francia, donde la influencia del Derecho anglosajón llevó en 1791 al establecimiento del instituto organizándose las cortes *assises*, integradas de la siguiente manera: un presidente, tres jueces profesionales y un jurado de doce miembros que se constituía en tribunal de enjuiciamiento para los delitos graves.

En Italia, la evolución fue similar a la sucedida en Francia, aunque la aparición de las mencionadas cortes tuvo lugar después de la Revolución de 1848. En este momento, los jurados se aplican a delitos de tipo político e imprenta, luego se extendió a los comunes. Durante la era del fascismo italiano y del denominado positivismo criminológico, se adoptó el sistema “escabino”, es decir, un colegio único compuesto por dos jueces de carrera y cinco asesores.

En Alemania, coexistieron los dos modelos de jurado, el popular y el escabinado. Cabe destacar que fue durante el régimen nazi, en 1939, cuando desapareció totalmente la participación de los jueces legos. El caso de España muestra el arraigo de este instituto en dicho Estado, pues ha sido establecido y suprimido en varias ocasiones, hasta su última entrada en vigencia a fines de la década del 70.

En el año 1995 se ha vuelto a introducir en España el Tribunal del Jurado, competente para el enjuiciamiento de determinados delitos. La Ley española del jurado ha optado por el

sistema de jurado puro, es decir, por aquél en el que los jueces legos se limitan a pronunciar el veredicto de culpabilidad o inocencia, declarando unos hechos probados, quedando reservadas las cuestiones técnicas, a saber, la aplicación del Derecho Penal imponiendo una pena o medida de seguridad, a un Magistrado-Presidente, que es juez profesional. El legislador no ha sido sin embargo absolutamente purista, pues ha introducido alguna particularidad esencial propia del Tribunal de Escabinos.

En EE.UU., en el período posterior a la Revolución, además de utilizarse para luchar contra la corrupción, sirvió para responder a las demandas ciudadanas. Asimismo, los colonos del siglo XVIII tenían sus propios motivos para conservar el juicio por jurado: lo utilizaron como escudo contra lo que consideraban juicios opresivos por los británicos. Una y otra vez, los gobernantes británicos enjuiciaban a los colonos de Estados Unidos por enviar ilegalmente mercancías en navíos no británicos, con el resultado de que los jurados locales absolvían a los acusados. Cuando el prestigioso editor de Estados Unidos John Peter Zenger fue llevado ante los tribunales, acusado de criticar a un gobernador nombrado por el rey inglés, un jurado de Nueva York lo declaró no culpable y estableció un precedente de la libertad de prensa. Por tanto, al optar por la revolución, no es de sorprender que, en su Declaración de Independencia, los colonos denunciasen al monarca británico *“de privarnos en muchos casos de los beneficios del juicio por jurado”*.

Así también, la Declaración de Derechos adoptada por la nueva nación en 1791 estipulaba que *“en toda causa penal, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, por un jurado imparcial”*. También disponía que se mantuviera el derecho al juicio por jurado en las causas civiles. Con el transcurso de los años, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha interpretado estas garantías de manera que el concepto de jurado se adapte a las nuevas condiciones.

Por su parte, en Argentina, la Constitución Nacional de 1853 estableció como forma de gobierno el sistema representativo republicano federal, aseguró derechos y garantías, y estableció el juicio por jurado, adecuándose a todas las transformaciones que se estaban operando en Europa en el siglo XIX.

3. El Sistema de Jurados en el mundo

Según el autor italiano Luigi D’Orsi, el origen del jurado no es conocido de una manera precisa, pues hay opiniones que lo hacen derivar de las antiguas leyes romanas, otras que lo atribuyen a los escandinavos y a los anglosajones. En realidad, este instituto fue implementado en Inglaterra siendo el resultado de los usos y costumbres incorporándose al *common law*, siendo una parte esencial del mismo. Alcanza su plena formación al principio del reinado de la Casa de Tudor, cuando la influencia del Poder Real estuvo en su apogeo, así podemos

distinguir cinco especies de esta institución: 1) El Jury Ordinario; 2) el Jury Especial; 3) El Gran Jury; 4) el Jury de Coroner y 5) el Jury de Expropiación.

Como consecuencia de la fuerte política de expansión de Inglaterra en los Siglos XVII y XVIII, esta influencia fue expandida por todas las colonias inglesas, principalmente en el continente norteamericano. Es en Inglaterra donde se implantó por influencia del Derecho francés que tuvo gran prestigio entre los normandos dentro de las denominadas *inquisites*, especialmente en el Siglo IX, en relación directa a los medios probatorios. De esta forma, aparecieron grupos de personas que recogían informaciones sobre hechos delictivos. Se constituyen así, a partir de la Carta Magna inglesa de 1216, jurados receptores de todas las informaciones necesarias tendientes al descubrimiento de la verdad sobre bases más amplias y humanas, aboliéndose las ordalías como régimen probatorios. En Inglaterra, la evolución de este sistema se traduce inicialmente en que el jurado llega a transformarse en el Juez de Pruebas, admitiéndose posteriormente, a mediados del siglo XVI, la actividad defensiva. Finalmente, en el siglo XIX se transforma este instituto en lo que actualmente se conoce.

En la legislación norteamericana, se admiten dos tipos de jurado: el Pequeño Jurado o Jurado de Juicio y el Gran Jurado o Jurado de Acusación. En el primero, está propiamente la función del “juzgamiento” y es el que arriba al *guilty or not guilty*, condena o absolución, mientras que en el segundo se traduce su función acusatoria. Este sistema tiene su antecedente en el Derecho anglosajón, posterior a la Revolución Francesa y de fuerte influencia en las legislaciones europeas. Según este sistema, cualquier ciudadano puede acusar, como paso previo a una garantía de defensa individual, siendo esta determinación sometida al Gran Jurado o de “acusación”.

El Gran Jurado estuvo constituido por veintitrés miembros, abogados todos, y resolvían por simple mayoría si la acusación era procedente. En este último caso, el proceso pasaba al Pequeño Jurado que estaba conformado por un juez unipersonal y un jurado de doce miembros. En cambio, en el Derecho norteamericano el jurado no sólo tiene facultades para resolver sobre las cuestiones de hecho sino también en la aplicación del Derecho, llegando a fundamentar los fallos.

En el Derecho francés, con fuerte influencia del Derecho anglosajón, el jurado fue establecido luego de la Revolución Francesa por una ley, dictada en setiembre de 1791, mediante la cual se organizaron las cortes denominadas *assises*, formadas por un presidente y tres jueces profesionales más un jurado de doce miembros que se constituía como tribunal de enjuiciamiento únicamente para casos de delitos graves. En 1808, se dictó el Código de Instrucción Criminal que tendría gran influencia en el resto del continente europeo, de suerte

que, al entrar en vigencia en el año 1811, se suprime el Gran Jurado o Jurado de Acusación. En la actualidad, luego de una ley dictada en 1978, los miembros del jurado son elegidos mediante un sistema de sorteo de listas que se confeccionan en los municipios anualmente, dejándose de lado el sistema selectivo que había tenido vigencia hasta entonces, y entienden sólo en los delitos de mayor gravedad.

El Derecho italiano, por su parte, tuvo una transformación semejante al Derecho francés, aunque la aparición de las cortes de *assises* y los jurados tienen lugar después de la Revolución de 1848 para delitos políticos y de imprenta y posteriormente se extiende a los delitos comunes en 1859. Posteriormente, con las reformas de 1865 y 1874 se estableció un jurado de enjuiciamiento de doce miembros con tres jueces profesionales y uno de ellos cumplía la función de presidente.

Luego de una serie de reformas al sistema, en los primeros años del presente siglo, en el año 1931 en pleno apogeo del fascismo italiano y del positivismo criminológico, se adopta el sistema “escabino” que consistía en un Colegio único compuesto por dos jueces de carrera, uno de ellos oficiaba de presidente y cinco asesores.

Actualmente, el modelo escabinado italiano está compuesto por un colegio único de dos jueces profesionales y seis populares. Estos últimos se eligen mediante un sistema de sorteo en base a listas preparatorias confeccionadas por comisiones de cada municipio, otra comisión integrada por el Ministerio Público, el presidente del Colegio de Abogados y el Canciller, y posteriormente se elaboran las dos listas definitivas una de primera instancia y otra de segunda instancia.

En el Derecho germano, cabe reseñar que coexistían ambos modelos de juicios por jurado, el popular y el escabinado. Con la influencia del Código de Instrucción Criminal de 1808, fueron incorporándose en la legislación ideas liberales, entre ellas las de la participación popular en la justicia que emana de la Asamblea Nacional de Frankfurt de 1848. A partir de 1877, se produce la unificación jurídica por la Ordenanza Procesal Penal y la Ley de Organización Judicial y se establece el juicio por jurados de corte anglosajón, conformado por un cuerpo de doce integrantes dirigidos por un tribunal de tres jueces profesionales.

Por otra parte, también existía un tribunal de escabinos que entendían sólo en delitos de menor gravedad y que se conformaba por un cuerpo colegiado único compuesto por un presidente y dos jueces legos. En 1924, se suprimió el tribunal de jurados, aunque se mantuvo su designación reduciendo el número de sus integrantes a seis con tres jueces profesionales, manteniéndose asimismo los tribunales de escabinos. Durante el régimen nazi, mediante la

ordenanza para la defensa del Reich de 1939, se suprimió la participación total de los jueces legos. Luego de terminada la guerra, las leyes de unificación de 1950 volvieron a la reforma de 1924.

En la actualidad, rige en Alemania, por influencia de la Primera Ley de Reforma de Procesal Penal del año 1975, un sistema de modelo escabinado, que varía el número de sus miembros según se trate de primera o segunda instancia, municipal o estatal. Únicamente el Tribunal Superior del Estado y la Corte Suprema Federal Alemana están conformados íntegramente por profesionales. La selección de los escabinos se realiza en base a dos listas preliminares, una elaborada en ámbito municipal y otra en el distrito judicial. No se hace por sorteo sino por votación de los dos tercios de los miembros de las respectivas comisiones, debiendo tenerse en cuenta todos los grupos de población, edad, sexo, oficio y posición social.

En España, por otra parte, el jurado popular ha tenido un fuerte arraigo. Fue creado en el año 1872, pero dejó de funcionar al poco tiempo (en 1875), cuando empezaba esta institución a tomar forma y adherencia en el ordenamiento jurídico de la época. Posteriormente, fue restablecido en 1888 y vuelto a suprimir en 1923, para ser reinstaurado en el año 1931, suspendiéndose su funcionamiento en 1936. Finalmente, la institución vuelve a cobrar vigencia en el mes de noviembre de 1978, basándose en el Artículo 125° de la nueva Constitución Española del mismo año. Cabe destacar que en la exposición de motivos de la ley que le dio origen se expresa que: “cada período de libertad ha significado la consagración del jurado, por el contrario, cada época de retroceso de las libertades públicas ha eliminado o restringido considerablemente ese instrumento de participación ciudadana, en paralelo y como complemento a las restricciones del conjunto de sus derechos y de sus instrumentos de participación en los asuntos públicos”.

En la actualidad, este instituto de juicio con jurados sigue vigente en los siguientes países: Estados Unidos, Inglaterra, España, Francia, Alemania, Italia, Austria, Portugal, Bélgica, Suecia, Dinamarca, Noruega, Suiza, Brasil, Argentina, Bulgaria, Rumania, Grecia, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Ceilán, México, Honduras, Malta, Costa Rica, Puerto Rico, entre otros.

4. Sistema de Jurados en el Perú

El Código de Procedimientos en materia Criminal de 1920, cuyo proyecto fue elaborado por Mariano Cornejo, mostraba un legislador fuertemente influenciado por la doctrina francesa. Entre sus peculiaridades podemos citar el hecho de que se mantuvieron las dos etapas que el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863 propuso: la instrucción o sumario dirigida por un juez, caracterizada por ser reservada, escrita y servía de base para la

etapa posterior, y, el juicio oral o plenario, que se realizaba ante el Tribunal Correccional o ante el Jurado.

Reyna Alfaro³ señala que el Código de Procedimientos Penales de 1940, actualmente vigente en gran parte del país, fue elaborado sobre la base del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 como un intento de adecuar la normativa procesal al contenido del Código Penal de 1924 y a la Constitución Política de 1933. Mantuvo la división dual del proceso penal y eliminó el jurado, aplicándose la justicia penal por jueces letrados, revalorando la fase de la instrucción, dejando de ser considerada como una etapa preparatoria del acto oral.

En noviembre de 2006, se presentó un proyecto de ley con la intención de modificar el artículo 38º e incorporar los artículos 179-A y 179-B de la Ley Orgánica del Poder Judicial para instruir magistrados ciudadanos en la justicia penal. Estos jueces serían incorporados en las salas penales de las Cortes Superiores y se trataría de ciudadanos comunes elegidos por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período de 2 años. Estas iniciativas no han prosperado a la fecha pero siguen concitando interés.

5. Reglas que regulan los juicios penales por jurados

Las leyes y reglas procesales regulan los elementos de los juicios, el orden de presentación de la evidencia, la naturaleza de la evidencia que es admisible, las condiciones del testimonio de expertos, lo que los abogados pueden decir a los jurados en sus alegaciones iniciales y en sus conclusiones, y otros tantos aspectos de los juicios criminales. Estas reglas pueden ser una mezcla de la tradición anglosajona y normas evolucionadas con los años. Se trata de realidades construidas socialmente, aunque en algunos casos, estas reglas no están exentas a cambios en los procedimientos derivados de influencias políticas.

5.1. Selección, conformación y facultades del jurado

Los ciudadanos son seleccionados aleatoriamente y tienen la tarea de determinar los hechos y decidir si el acusado es culpable o no, según la ley dada por el juez y los hechos establecidas como ciertos por el jurado.

Antes de conformar un jurado, los individuos deben ser seleccionados a través del proceso que se conoce como *Voir Dire* (“Decir la verdad”) que hace referencia al proceso de interrogar a los miembros potenciales del jurado sobre una serie de cuestiones para determinar si están

³ *El proceso penal aplicado*. p.27-28.

calificados para hacer de jurados. Las preguntas las pueden plantear el juez o los abogados, o ambos. Incluso no existe uniformidad sobre la libertad que tienen los abogados para realizar este interrogatorio, algunos jueces permiten mucho margen de acción, otros se reservan potestades a sí mismos, aunque permiten a los abogados sugerir preguntas.

Este procedimiento, en España, es a puerta cerrada⁴, mientras que en Estados Unidos es abierto. Cualquiera que desee puede observarlo con los límites de la capacidad física del local y los casos más llamativos son los que generan la afluencia de personas y los medios en las salas.

El interrogatorio se puede dirigir a un individuo, a un grupo del panel del jurado o al conjunto de los jurados potenciales. Se puede aislar y preguntar individualmente a los jurados, siendo que el resto de jurados no pueden oír las contestaciones de un individuo a las preguntas del *voir dire*.⁵

Un jurado es designado cuando el número requerido para la causa⁶ se ha alcanzado, esto es, no ha sido excusado por el juez por razones legales y no ha sido recusado perentoriamente por consejo de la acusación (fiscal) o la defensa, que puede recusar a un número determinado de jurados potenciales sin tener que justificar dicha exclusión.

En la última parte del siglo XX, en Norteamérica, bajo algunas circunstancias los jurados estuvieron conformados por menos de doce miembros y en otras jurisdicciones pueden emitir su veredicto sin el requisito de unanimidad.

El sistema de jurados suele emplear el contradictorio (o de confrontación), enfrentando defensa y fiscal. Los procedimientos orales empleados son el método principal de presentación de la evidencia a aquellos que deben juzgarla.

En estados federados, tienen prioridad las leyes estatales, pero los estados que conforman la federación pueden variar sus prácticas y leyes, siempre y cuando no entren en conflicto con los derechos constitucionales garantizados de los acusados. En los estados republicanos, la ley se aplica en todos los sitios y se espera que se cumpla en la práctica en cualquier lugar del país.

En algunos estados, se han realizado cambios orientados por los esfuerzos de los jueces por refinar y mejorar el sistema de jurado en el país, por ejemplo, un cambio de procedimiento

⁴ Así, los jurados se sienten menos cohibidos a la hora de responder preguntas sobre su conocimiento del caso, sesgos o prejuicios, actitudes hacia la justicia o preguntas sobre cultura básica.

⁵ En casos sancionados con pena capital (de muerte), el método más seguro para explorar las actitudes e identificar sesgos de los jurados es el interrogatorio individual.

⁶ Normalmente, doce jurados y quizás dos suplentes en un juicio que se espera dure al menos varios días.

es el que permite a los jurados a hacer preguntas sobre la testificación⁷. Otras reformas en algunos tribunales incluyen permitir a los jurados que tomen notas de la presentación de la evidencia, darles instrucciones antes de la presentación de ella y se les permite discutir sobre esta antes de que se haya exhibido.

Uno de los temas en el nuevo sistema español es el requisito de que los jurados expliquen o justifiquen sus veredictos. En Estados Unidos, nunca se ha dado tal exigencia y es tal la ausencia de ésta que en algunas jurisdicciones existen restricciones legales en el acceso a los jurados después del juicio y el uso de la información sobre las deliberaciones del jurado y las razones de sus veredictos.

Algunos jurados, incluso, deciden entre ellos no hablar del caso, una vez acabado el juicio, ni siquiera con los medios de comunicación o los funcionarios del servicio de justicia. Asimismo, es ilegal, en algunas jurisdicciones como en Canadá inclusive, preguntar a los jurados sobre lo que hicieron durante su deliberación y las razones de su decisión, ni siquiera por razones de análisis o explicación de la conducta del jurado.

En el jurado español, es cuestión controvertida la distinción entre la determinación de los hechos, formulados en las alegaciones de la acusación, y la aplicación de la ley a los hechos. Ronald Dillehay se pregunta: ¿Se les debe exigir o es de esperar que los jurados comprendan la ley que el juez les proporciona para aplicarla a los hechos del caso y determinar la inocencia o culpabilidad?

5.2. Selección y participación del portavoz del jurado

Lo normal es que se seleccione al portavoz una vez que el jurado se retire a deliberar. El juez también puede designar al portavoz, pero el portavoz también suele ser el primer jurado seleccionado. Una vez elegido, debe dirigir las deliberaciones y la votación. Firma el veredicto en nombre de los jurados y hace de portavoz en juicio.

En España, el primer jurado seleccionado es el portavoz temporal para iniciar el proceso de deliberación, eligiéndose al que será su portavoz en adelante una vez reunido el jurado. El portavoz suele ser hombre y experimentado y suelen sentarse a la cabecera de la mesa de deliberaciones y son los que hablan primero.

En España, los legisladores preocupados por que los portavoces influenciaran excesivamente

⁷ Una de las razones para permitir a los jurados preguntar sobre los testimonios es que se piensa que aumenta la satisfacción del jurado.

en las decisiones del jurado, se ha fijado que ellos voten al último. Otra restricción al portavoz es que si no está conforme con la mayoría en el veredicto, el jurado designa a un redactor para escribir las justificaciones de sus decisiones sobre los hechos objeto del veredicto.

5.3. La decisión del veredicto

Mientras los jurados americanos votan por escrito y en papeletas confidenciales y sin mayor reglas, en España votan por orden alfabético en voz alta y nominalmente, siendo el portavoz el último en votar⁸. Quien no vota es multado. No es necesario que todos los jurados estén de acuerdo para emitir un veredicto y se requiere distintos niveles de acuerdo para los veredictos de culpabilidad o no culpabilidad.

5.4. Naturaleza de las decisiones del jurado

A los jurados americanos, se les pide que decidan si la evidencia mostrada prueba, más allá de una duda razonable, que el acusado es culpable. Luego del veredicto, el jurado ha cumplido con su deber y queda disuelto. En algunos estados, también deciden el castigo pero en otras jurisdicciones el juez impone la pena.

En España, los jurados deciden la culpabilidad. Votan cada uno de los hechos que el juez le formule en una lista objeto de veredicto, que previamente ha elaborado y discutido con las partes del juicio. Los jurados deben razonar, por escrito, la decisión tomada. Pueden votar la remisión condicional de la pena (efectividad o no de ella) y el indulto de la pena en la sentencia (¿compurgación de pena?).

5.5. Debe existir unanimidad en el veredicto

El veredicto por unanimidad es habitual en el sistema legal americano. Si los jurados son incapaces de ponerse de acuerdo después de un tiempo prudencial de deliberación, el Juez declara la nulidad del juicio, exigiéndose al Fiscal que pida un nuevo juicio y un nuevo jurado. Sin embargo, la unanimidad no es contemplada en la Constitución, por lo que en algunos estados se emiten veredictos sin unanimidad. En Oregón y Luisiana, está permitida una decisión por mayoría de 10 a 2 en los casos de felonía, que normalmente conlleva una pena de un año de prisión o más. En Oklahoma, se permiten veredictos de 9 a 3 en casos de delitos menores, cuyas penas suelen ser de menos de un año de prisión.

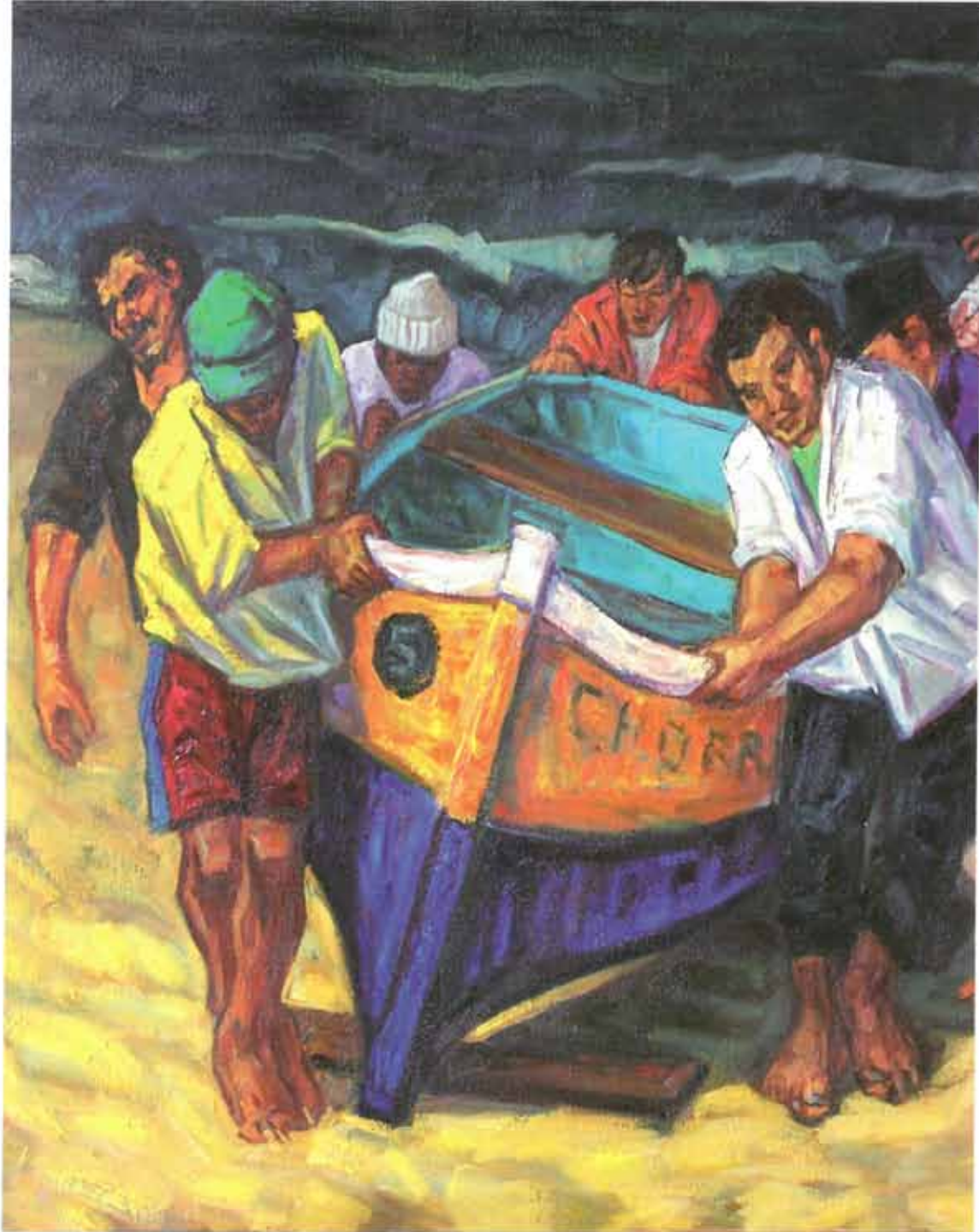
⁸ La consecuencia es que los jurados sabrán, después de la primera votación, cual es la posición de los otros. Este procedimiento facilita el cambio de voto según la fuente de opiniones sobre el veredicto y la formación de coaliciones.

La regla de decisión en el jurado español es de 5 votos para la absolución y 7 para la condena. Se adoptó este criterio ante la preocupación de que si se exigía unanimidad, la simple e injustificable obstinación de uno o pocos más jurados, podía provocar que el jurado no consiguiera llegar a un veredicto. Los legisladores fueron conscientes de que con una regla de mayoría las deliberaciones del jurado serían menos intensas.

BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto M. (2005). *Justicia penal y Estado de Derecho*. Lima: Ad-Hoc.
- CAVALLERO, Jorge [y] Edmundo HENDLER (1988). *Justicia y participación. El juicio por jurado en materia penal*. Buenos Aires: Universidad.
- MAIER, Julio B. (1989). *Derecho Procesal Penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi.
- MOONEY, Alfredo. (1998). *Juicio por jurados*. Madrid: Editor.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2006). *El proceso penal aplicado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- SOLER, Sebastián. (1943). *Ley, historia y libertad*. Buenos Aires:
- TORRES VASQUEZ, Aníbal. (2006). *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Lima: 2006.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge. (1998). *Crisis de la justicia penal y tribunal de jurados*. Lima: Juris.
Sociedad y Persona: Juicio por jurados, una decisión política impostergable. 05-07-2010, <http://www.salvador.edu.ar/ua-jxh.htm>
 Sobre Juicio por Jurados. En www.salvador.edu.ar/ua1-jxmhtml
 Sobre Juicio por jurados. Antecedentes Históricos, Extranjeros y Nacionales. Análisis y Crítica. Consideraciones Generales, 05-07-2010, www.juschubut.giv.ar
The Constitution of the United States, 05-07-2010, <http://www.usconstitution.net/const.html>
 Oficina de Programas de Información Internacional, 05-07-2010, <http://america.gov/publications/ejournalusa.html>
- GARRE NILDA, Freedman Diego, y otros, *El juicio por jurados en la Argentina, ideas para el debate*, 06 de julio del 2010, http://magisneuquen.org/index.php?option=com_content&view=article&id=393%3Ael-juicio-por-jurados-en-la-argentina-ideas-para-el-debate&catid=65%3Aarticulos&Itemid=149&limitstart=2
- RAÑA ARANA, Walter Alfredo, *Jueces ciudadanos en el nuevo contexto jurídico nacional*, 06-07-2010, <http://www.emagister.com/jueces-ciudadanos-nuevo-contexto-juridico-bolivia-cursos-2245042.htm>
 Sobre Sistemas de Jurado, <http://www.emagister.com/derecho-procesal-penal-ii-sistema-jurados-cursos-2459493.htm>
 “La evolución del jurado en los casos criminales. Una comparación psicosocial del jurado americano y español”, en *Revista de Psicología Política*, nº 20, p. 93- 122.





"Maretazo I"