

**EL PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA INVESTIGACIÓN
DEL DELITO**

VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA

SUMARIO: **I.** Antecedentes. **II.** La investigación del delito en la década de los años ochenta. **III.** Investigación del delito en la década de los años noventa. **IV.** Ratificación de la opción acusatoria. **V.** Facultades del Fiscal en la investigación preliminar. **VI.** Necesidad imprescindible de reformas.

I. ANTECEDENTES

Desde que el Perú proclamó su independencia, el Ministerio Público (MP) se ubicó institucionalmente como un organismo dependiente del Poder Judicial, que representaba el interés social y actuaba como auxiliar ilustrativo del juez o Tribunal y tenía como función principal, emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales; dentro de ese contexto establecieron sus funciones y atribuciones los Códigos de Procedimientos Penales (CdePP) dictados en 1863, 1920 y 1940 y las Leyes Orgánicas del Poder Judicial. El CdePP de 1940 estableció un modelo procesal penal mixto, en el que la investigación del delito estaba a cargo del Juez Instructor y el juzgamiento a cargo del Tribunal Correccional.

En 1979, después de un largo período de dictadura, se promulgó una nueva Constitución Política, que además de ratificar la adhesión al sistema

republicano de gobierno con su tradicional división en tres poderes, creó un conjunto de organismos extra poder o instituciones que no son poderes, sino organismos autónomos con funciones específicas: el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, etc.; la idea residía en que solo el poder puede frenar al poder. «Este sistema llamado de frenos y contrapesos se ha plasmado en las constituciones modernas en relaciones concretas de mutuo control, por ejemplo el control de la adecuación de las leyes al texto fundamental, la aprobación del presupuesto a propuesta del Poder Ejecutivo, por el Poder Legislativo, el fuero contencioso administrativo, el derecho a veto por el Poder Ejecutivo, de las leyes emanadas del legislativo, la facultad de indultar, la organización por ley de la administración de justicia, el grupo de cuestiones políticas no justiciables, el juicio político, la existencia de un tribunal de cuentas».¹

Así, cada organismo autónomo tiene una función específica: al Ministerio Público le corresponde la persecución del delito, al Tribunal Constitucional, el control de la Constitución.

La Constitución de 1979 sentó las bases para una profunda reforma en la organización del Estado y en el tema relacionado con administración de justicia es importante destacar lo siguiente:

- a) El reconocimiento de Persona Humana, como fin supremo de la sociedad y del Estado.
- b) El reconocimiento de los Derechos Humanos.
- c) El reconocimiento de los principios y de las garantías procesales elevados al rango constitucional.
- d) El reconocimiento de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de la jurisdicción supranacional.
- e) La incorporación a la legislación nacional de las garantías constitucionales: Acción de Hábeas Corpus y Acción de Amparo para asegurar la efectiva vigencia de los Derechos Humanos.

La Constitución Política del Estado de 1979 ubicó institucionalmente al Ministerio Público como un órgano constitucional autónomo encargado de la persecución del delito y en el art. 250 establecía sus atribuciones:

¹ RUSCONI 1993: 105.

- a) Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley.
- b) Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.
- c) Actuar como defensor del pueblo ante la administración pública.
- d) Emitir dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en los casos que la ley contempla.

En mérito de esta disposición se fijan con claridad los roles institucionales, al Ministerio Público le corresponderá la investigación del delito, en tanto que al Poder Judicial le corresponderá exclusivamente realizar la etapa procesal del juzgamiento, así se estipuló en el art. 233 sobre garantías de la Administración de Justicia cuando en el inc. 1 establece «[...] la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional, no existe ni puede establecerse jurisdicción independiente, con excepción de la arbitral y la militar [...]».

En marzo de 1981, mediante el Decreto Legislativo N.º 052 se dio la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP), que en su art. 11, vigente hasta ahora, establece que el «Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquellos contra las cuales la ley la concede expresamente».

El art. 12 dispone que «la denuncia [...] puede presentarse ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior. Si éste lo estimase procedente instruirá al Fiscal Provincial para que la formalice ante el Juez especializado en lo Penal [...]».

El art. 14 dispone: «Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite [...]» y el inc. 2 del art. 94 dispone que si «[...] el Fiscal estima procedente la denuncia puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Instructor [...]».²

2 HURTADO POZO 1981: 97 y ss.

Como podemos observar, no hubo una adecuación de la ley ordinaria, a la Constitución, por el contrario, contraviniéndola se recortaron las facultades de investigación del Fiscal y la ley ordinaria continuó dándole vida al Juez de Instrucción, funcionario cuya figura está proscrita por la ley fundamental.

Luego, tratando de adaptar el Código de Procedimientos Penales a la nueva normatividad constitucional, a partir de 1981 solo se modificaron algunos artículos; así, el 62 dispone que la «[...] investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad por los jueces y tribunales, conforme a lo dispuesto en el art. 283 del Código [...]».

Luego, el art. 77, que quedó redactado en los siguientes términos: «Recibida la denuncia, el Juez Especializado en lo Penal solo abrirá la instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no ha prescrito. El auto contendrá en forma precisa la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado y la orden de que debe concurrir a que preste su instructiva».

Posteriormente y para evitar la repetición innecesaria de diligencias se modificó el art. 72 disponiendo que: «[...] las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento».

Si bien es cierto que como consecuencia de estas disposiciones legales se recortaron las facultades de investigación del Fiscal, el proceso penal pasó a tener una primera etapa de ineludible cumplimiento: investigación previa o pre procesal o preliminar, que teóricamente la supervigila el Fiscal para que, como titular del ejercicio de la acción penal, pueda decidir si promueve acción penal.

Cuando el Fiscal toma conocimiento de la comisión de un hecho presuntamente delictuoso, su accionar se limita a practicar la investigación preliminar o pre jurisdiccional o pre procesal; empezará calificando la denuncia y mediante resolución fundamentada podrá alternativamente disponer lo siguiente:

- a) *Abrir una investigación preliminar directa* en el Despacho Fiscal: para este efecto puede requerir el apoyo de los organismos públicos y privados que puedan aportar medios útiles para el mejor esclarecimiento de los hechos, así como formar un equipo interdisciplinario de investigación científica para casos especiales, el cual actuará bajo dirección del fiscal.
- b) *Abrir una investigación preliminar por medio de la Policía Nacional*: para cuyo efecto se remitirán los antecedentes a una unidad especializada, como la División de Investigación de Estafas, la División de Investigación de Robos, la División de Investigación de Secuestros, o simplemente a una delegación policial.
- c) *Formalizar directamente la denuncia ante el Juez Penal* de conformidad con lo dispuesto por el inc. 2 del art. 94 de la LOMP. El Fiscal solo debe denunciar cuando hay causa probable, por eso se establece la obligación de indicar la prueba con que cuenta, acerca de la comisión del evento delictuoso materia de la denuncia.

La *investigación preliminar* se practica para determinar si respecto a un hecho denunciado como delito, existen los requisitos legales para promover acción penal conforme a lo dispuesto en el art. 77 del CdePP, si esto no ocurre se archivará provisional o definitivamente la denuncia, con lo que termina la participación activa del fiscal.

La *investigación formal* también es responsabilidad del Fiscal y al concluirlo debe decidir si formula o no acusación y, solo cuando esto ocurre, el caso pasa al Poder Judicial para que desarrolle la etapa procesal del juzgamiento, pero esta función no la asumió el Fiscal y la investigación formal continúa siendo una tarea del Juez Penal, afectando la garantía de la imparcialidad del juzgador.

En consecuencia, la Constitución Política del Estado, desde 1979, estableció las bases para un proceso penal acusatorio, en el que las facultades de investigación y de decisión están ejercidas por diferentes órganos: el Fiscal, que solo investiga, y el juez, que solo juzga, siendo dichas funciones exclusivas y excluyentes, ya que la investigación es una fase preparatoria para el juicio.

Pese a que el MP es una institución constitucional con una función específica —persecución del delito—, ni el Código de Procedimientos Penales ni la Ley Orgánica del Ministerio Público regulan el desarrollo de las fun-

ciones de investigación del Fiscal. Esta omisión determina una serie de problemas y al final ni el Fiscal ni el juez cumplen el rol que les asigna la ley fundamental y continuamos teniendo un Fiscal que no investiga y un Juez Penal que no juzga.

El no haber dictado una ley de desarrollo constitucional, regulando las funciones del Fiscal Investigador, determina que inclusive ahora, más de veinte años después, continuemos teniendo un sistema procesal penal básicamente inquisitivo para más del 90% de tipos penales, en el que los roles de investigación y de sanción se concentran en el Juez Instructor, en el que se vulneran las garantías de juicio previo, imparcialidad judicial, defensa en juicio y los principios de oralidad y publicidad.

Desde 1980, en que el Ministerio Público surgió como órgano constitucional autónomo encargado de la persecución del delito, no se hizo ningún esfuerzo por dotarlo de una organización propia que le permitiera cumplir cabalmente sus funciones; pese a que estas se diferencian claramente de las del Poder Judicial (PJ), continuó conservando su antigua estructura de órgano dependiente del PJ que la mantiene hasta ahora.

El Ministerio Público «[...] pese a tener una función claramente diferenciada de la jurisdiccional, posee una organización que sigue los esquemas del Poder Judicial. La actividad de los fiscales aparece atomizada, librada en gran medida a criterios heterogéneos y carentes de coordinación. Las diferentes jerarquías guardan mayor correspondencia con las etapas del proceso, que con esquemas diferenciados de responsabilidad funcional. El resultado permite apreciar una clara debilidad de las agencias fiscales primarias; es decir, aquellas por las que ingresa la mayor cantidad de causas que debe gestionar el Ministerio Público».³

II. LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN LA DÉCADA DE LOS AÑOS OCHENTA

Ignorando las disposiciones constitucionales, el proceso penal en la década pasada de los años ochenta continuó desarrollándose bajo el imperio de las normas del Código de Procedimientos Penales de 1940, que con las múltiples modificaciones realizadas a través del tiempo obedece no a un sistema

3 CRUZ 2001: 30

procesal penal mixto, sino inquisitivo, en el cual las funciones de investigación y de decisión se concentran en el Juez Penal, en tanto que los representantes del Ministerio Público (fiscales) continúan teniendo un rol pasivo limitado a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 regula la función de la Policía con relación a la investigación del delito en su Título VI, sobre las atribuciones de la Policía Judicial, que debió crearse como un cuerpo técnico especializado. El art. 59 de dicho cuerpo legal establece: «La Policía Judicial tiene la función de auxiliar a la administración de justicia, investigando los delitos y las faltas y descubriendo a los responsables, para ponerlos a disposición de los jueces, con los elementos de prueba y efectos que se hubiese incautado».

En concordancia con el artículo antes citado, los subsiguientes establecían que los miembros de la Policía Judicial que intervengan en la investigación de un delito instruirán un atestado con todos los datos que hubiesen recogido, indicando especialmente las características físicas de los inculpa-dos, el apodo, ocupación, domicilio real, antecedentes y otros que sean necesarios para la identificación; y cuidarán de anexar las pericias que hubieren practicado y los efectos relativos al delito. Los atestados son autorizados por los funcionarios que han dirigido la investigación y no requieren diligencia de ratificación.

La Policía Judicial no llegó a funcionar en la forma propuesta, habiéndose limitado básicamente al cumplimiento de la función señalada en el art. 64 que a la letra dice: «Los Jueces Instructores o de Paz, los miembros del Ministerio Público y de las Salas Superiores podrán ordenar directamente a los funcionarios de la Policía Judicial que practiquen las citaciones y detenciones necesarias para la comparecencia de los acusados, testigos y peritos, así como las diligencias propias de la naturaleza de aquella institución destinadas a la mejor investigación del delito y sus autores».⁴

Pero esta no era la única función y, en consecuencia, no era la más importante. Como la Policía Judicial no funcionó como organismo técnico, las funciones de investigación del delito las realizó la Policía Técnica por medio de sus cuerpos especializados y la Policía General, que viene actuando hasta la actualidad.

4 TUCTO 1986: 186 y ss.

La Policía Nacional del Perú dentro de su estructura orgánica, para el cumplimiento de sus funciones y atribuciones, en relación con la investigación del delito, dentro del novísimo proceso de reforma con fines de modernización promovido por el gobierno de transición democrática, ha creado un conjunto de Direcciones Especializadas⁵ tales como:

- a) La Dirección contra el Terrorismo.
- b) La Dirección de Seguridad del Estado.
- c) La Dirección de Seguridad Pública.
- d) La Dirección contra la Corrupción.
- e) La Dirección de Investigación Criminal y Apoyo a la Justicia (DIRICAJ), de la que dependen un conjunto de unidades especializadas tales como las División de Investigación de Homicidios, Secuestros, Estafas, Robos, etc.

El Ministerio Público, órgano constitucional autónomo, encargado de la persecución del delito, sin los instrumentos legales necesarios, ha tratado de cumplir sus funciones de investigación, no solo frente a la delincuencia común, sino también en los casos graves como el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. En los primeros años se produjo una situación dual, por una parte se realizó un arduo trabajo para vencer la resistencia tanto de parte de la Policía Nacional, como del Poder Judicial, que se oponían a que otro organismo supervigile la investigación. Los fiscales provinciales trataron de cumplir sus funciones de investigación para decidir si promovían acción penal, ello se ha podido verificar inclusive en lugares y situaciones de alto riesgo como en Ayacucho, cuando se tuvo que hacer frente a la violencia desatada por Sendero Luminoso y a los abusos que cometían las fuerzas de seguridad. Los fiscales provinciales en algunos casos, venciendo un sinnúmero de dificultades, investigaron la violación de Derechos Humanos como el secuestro y desaparición de Jaime Ayala, el múltiple asesinato de Pucayacu, el asesinato de los evangélicos de Callqui, la matanza de Cayara, el asesinato de Accomarca, la matanza en los penales, específicamente en Lurigancho y el Frontón, y otros crímenes que se cometieron en esa década.

⁵ Decreto Supremo N.º 016-2002-IN, que entró en vigencia el 1º de enero de 2003.

Sin embargo no pudieron culminar esas investigaciones porque el poder de facto que ejercían los militares ponía trabas a la realización de diligencias esenciales, como el reconocimiento de cadáveres, la práctica de pericias balísticas; al tiempo que impedía obtener evidencias y ocultaba información sobre los efectivos que prestaban servicios en las diferentes bases militares, con lo que imposibilitaron determinar quiénes eran los autores de tales hechos.

Esa actitud de entorpecimiento de la investigación tenía la finalidad de sustraer del ámbito del fuero común, la investigación, el juzgamiento y la eventual sanción de los delitos antes citados; y lograron su objetivo a través de la inconstitucional declinatoria de jurisdicción. Frente a ese panorama, hubo una actitud obsecuente de los magistrados supremos que, al resolver las contiendas de competencia, declinaban a favor del fuero militar, reforzando los poderes y atribuciones de los militares, sobre todo en las zonas declaradas en estado de emergencia, en desmedro de las atribuciones de la autoridad civil.

Lo grave del caso es que el fuero militar no tenía la intención de investigar ni de juzgar ni de sancionar, toda vez que su principal preocupación era lograr la impunidad de los miembros castrenses; así ha quedado demostrado palmariamente, pues los casos terminaban siempre con resoluciones de sobreseimiento sin ningún fundamento que las sustente.

Esta actitud fue legitimada al final del gobierno del presidente Fernando Belaunde, el 5 de junio de 1985, cuando promulgó la Ley N.º 24150 concediendo mayores poderes y atribuciones a los militares en zonas declaradas bajo estado de excepción, en desmedro de las atribuciones de autoridad civil; estableció, además, normas que concedían una absoluta preeminencia de las normas del Código de Justicia Militar sobre la Ley Penal común. Es así que el art. 10 establecía que: «[...] los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado Código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio».

Frente a estas decisiones inconstitucionales hubo una actitud pasiva de los representantes del Ministerio Público, que omitiendo el cumplimiento

de las funciones que habían jurado cumplir, practicaron la política de *dejar hacer, dejar pasar*, asumiendo una actitud burocrática con la que aparentaban investigar, aun sabiendo que con ello no hacían nada efectivo. Esto se puede ver con claridad en la actividad de la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos que funcionó hasta 1995, la cual frente a graves hechos de violación de los Derechos Humanos se limitaba a cursar oficios a los jefes de los comandos político-militares pidiéndoles informes, o practicaban diligencias de verificación en las dependencias militares o policiales para determinar la presencia de personas denunciadas como detenidas, pero sin hacer otras diligencias propias de un proceso de investigación de delito. Practicaban también diligencias de verificación en las morgues con respecto a la presencia de cadáveres que eran trasladados con evidentes huellas de haber sido víctimas de torturas y de ejecuciones extrajudiciales y su actividad culminaba levantando un acta, pero no hacían diligencias de investigación ni denunciaban los hechos; procediendo a derivar los actuados a las fiscalías penales, pues sostenían que su función era preventiva. Esta conducta se practicaba también por fiscalías penales que igualmente se limitaban a pedir informes, aun en los casos en que era evidente que no acatarían sus mandatos, pero omitieron denunciar los hechos ante la autoridad jurisdiccional.

El Ministerio Público, defensor de la legalidad y de los intereses ciudadanos, no ejerció plenamente sus facultades constitucionales, de control jurídico de la investigación, de titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba; por el contrario, legitimó el abuso y la prepotencia policial militar. Igual ocurrió frente al sinnúmero de detenciones ilegales que aprovechando la convulsión política de esa época, practicaron los agentes del Estado, hechos frente a los cuales jamás se adoptó ninguna medida correctiva, generando en las personas la nociva sensación de impunidad.

Dentro de este contexto, la mayor parte de la población se encontró entre dos fuegos, por un lado sufrió la violencia indiscriminada de Sendero Luminoso y por el otro la violencia desatada por los efectivos de las fuerzas de seguridad del Estado. Por eso la población era escéptica respecto de las instituciones democráticas y los instrumentos legales, pues mientras sosteníamos haber recuperado la democracia, el Estado de derecho y la plena vigencia de los Derechos Humanos, amplios sectores eran reprimidos drásticamente y no podían recurrir a las acciones de garantía por encontrarse en áreas territoriales que habían sido declaradas en estado de emergencia y estaban bajo el control de comandos político-militares.

Frente al problema del terrorismo, pese a que la Ley N.º 24700 disponía expresamente que el Fiscal dirige la investigación, en la práctica la Policía tenía el control absoluto sobre la detención preventiva, la incomunicación y el traslado de los detenidos y ello fue la base fundamental para ejercer su poder de criminalización en relación a esos casos. En la denominada lucha contra la violencia subversiva se privilegiaba la labor de la Policía y de las Fuerzas de Seguridad, que en ejercicio de los poderes de facto que detenían, llegaron a detener indiscriminadamente a las personas, entre las que se encontraba un elevado número de dirigentes gremiales y políticos, a quienes sindicaron como presuntos autores de delito de terrorismo.

III. INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN LA DÉCADA DE LOS AÑOS NOVENTA

Cuando el ingeniero Alberto Kenya Fujimori asumió imprevistamente el gobierno, se encontró con dos graves problemas: la crisis económica y el terrorismo, frente a los cuales no tenía planes ni ideas concretas para accionar; eso dio lugar a que rápidamente fuese capturado por los sectores más tradicionales y reaccionarios del militarismo, que encontraron en él un instrumento fácilmente manejable para implementar su proyecto autoritario.

En los primeros meses del nuevo gobierno se retomaron los temas de la reforma penal y en abril de 1991 se promulgaron el nuevo Código Penal y el Código de Ejecución Penal que entraron inmediatamente en vigencia. También se promulgó el Código Procesal Penal, elaborado algunos años antes conforme a las disposiciones constitucionales, estableciendo un modelo procesal respetuoso de los derechos fundamentales de la persona y de los principios y derechos de la función jurisdiccional, acorde con los lineamientos del Estado de derecho. El Código Procesal Penal establecía para todos los delitos un proceso dividido en dos etapas: la investigación, que la lleva a cabo el Fiscal, desde el inicio con plenitud de independencia y autonomía hasta culminarla decidiendo si formula acusación; y el juicio o juzgamiento que se hace por el juez unipersonal o colegiado.

En este Código había una importante regulación de las funciones de investigación del Fiscal y de los instrumentos necesarios para ello: se regulaba el desarrollo de la investigación preliminar y formal, que debía hacerse con base en el conocimiento científico y técnico; una investigación que logre eficiencia sin menoscabar los derechos de la persona. También se regulaba

el ejercicio de la función jurisdiccional, las medidas coercitivas, la actividad probatoria. Además, se le reconoció al Ministerio Público otra atribución: abstenerse de promover acción penal sobre la base de los criterios de oportunidad o discrecionalidad.⁶ Este Código no entró en vigencia, salvo algunas normas sobre coerción penal y principio de oportunidad.

A partir de 1991 ya teníamos la Ley de Desarrollo Constitucional en cuanto a la función persecutoria del Ministerio Público; sin embargo, la investigación del delito continuó bajo las normas del CdePP. El fiscal, al igual que en la década anterior, limitó su intervención a la etapa de investigación preliminar que la culminaba decidiendo alternativamente:

- a) No promover acción penal, ordenando el archivo definitivo de la denuncia, cuando determina que el hecho no es delito.
- b) Archivar provisionalmente la denuncia, disponiendo la ampliación de las investigaciones con el fin de identificar al autor o autores del delito.
- c) Abstenerse de promover acción penal aplicando el principio de oportunidad dentro de las limitaciones establecidas por el Código.
- d) Formalizar la denuncia penal y solicitar al juez la apertura de instrucción.

Como reiteramos, el Código Procesal Penal de 1991 no entró en vigencia. Lejos de ello, el gobierno de Fujimori agudizó las contradicciones entre los grupos políticos, aceleró el desprestigio de las instituciones, para sostener luego que la situación del país era inmanejable y justificar la *necesidad* del rompimiento constitucional «en aras de imponer el orden, erradicar el terrorismo y solucionar la crisis económica». Como consecuencia de ello, el 5 de abril de 1992 instauró el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, procedió a dictar la legislación antiterrorista contenida en los Decretos Leyes N.º 25475 y 25659 que tipificaron los delitos de terrorismo y traición a la patria, estableciendo penas severas, y finalmente introdujo procedimientos especiales para la investigación y el juzgamiento, confiriendo competencia a los tribunales militares para investigar y juzgar los casos de traición a la patria, aun antes de que entrara en vigencia la nueva Constitución, alcanzando así los verdaderos objetivos de sus acciones. Complemen-

6 ORÉ GUARDIA 1993: 39.

taron esta legislación los Decretos Leyes N.º 25499 y 26220 sobre arrepentimiento en el campo del terrorismo, que en el ámbito del derecho penal premial permitían la reducción, la remisión o exención de la pena, como beneficios obtenidos por la delación, los cuales estuvieron vigentes hasta noviembre de 1994. También en este campo se reconocía competencia al Ministerio Público para la verificación de las informaciones recibidas y el otorgamiento de los beneficios estipulados; sin embargo, en la práctica la autoridad encargada de la verificación fue la unidad especializada de la Policía Nacional DINCOTE.

El procedimiento secreto, la falta de transparencia y la publicidad reforzaron y dieron lugar a una arbitraria actuación de los operadores del sistema penal, que por medio de procedimientos especiales —en los que el atestado tenía valor probatorio, la instrucción y el juicio eran secretos, no se conocía la identidad de los magistrados, estaba proscrita la recusación y la concesión de todo tipo de libertad— aplicaron ciegamente una legislación sobrecriminalizadora de emergencia. También caracterizaban a estos procesos la restricción del derecho de defensa, la prohibición del hábeas corpus, la condena en ausencia, el tratamiento penal de los menores de edad. Todo esto creó en la población la sensación de una supuesta eficacia del derecho penal.

A partir del año 1992, el Estado utilizó el régimen de excepción para suspender la vigencia de derechos y restringir la autoridad civil en amplias zonas del país, en consecuencia, en lugar de un proceso penal garantista tuvimos un proceso penal autoritario que dio lugar a: (1) la policialización de la investigación; (2) la sobrecriminalización, la pena privativa de libertad se extendió hasta la cadena perpetua; (3) la restricción de las garantías procesales; y (4) la modificación del régimen penitenciario.

Pronto empezamos a observar celeridad en los procesos y aplicación de severas penas a los procesados, que eran reclusos en los centros penitenciarios sometidos a una excesiva rigidez del régimen de tratamiento, al extremo de imponer condiciones que estaban proscritas, como el aislamiento celular continuo y la restricción de visitas.

Ante esa legislación que afectaba derechos fundamentales y garantías judiciales, en el año 1993 la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos dio la primera voz de alerta presentando ante el Congreso Constituyente Democrático un conjunto de propuestas de reformas urgentes que buscaban el restablecimiento de derechos y especialmente del derecho de defensa,

piedra angular sobre la cual reposan los demás derechos y garantías de la administración de justicia. Sin defensa efectiva no hay casi ninguna posibilidad de actuación de los demás derechos.⁷

A partir de mayo de 1992, la investigación en el campo del terrorismo se redujo a algo muy simple, conseguir que un arrepentido mediante la delación proporcione información sobre personas que presuntamente estarían implicadas en actividades subversivas. Logrado este propósito, lo demás venía como consecuencia de la aplicación del método de investigación propio del sistema inquisitivo: lograr una confesión autoinculpatoria, recurriendo para ello a la coacción ilícita e inclusive a la tortura.

Todo esto puso en evidencia un grave problema: la ausencia de instrumentos de control legal institucional o constitucional suficientemente eficaces sobre la actuación de la Policía. Ante esta situación, el «Ministerio Público de nuestro país no se constituyó como un instrumento de control sobre la actuación policial. Ciertamente, está de por medio su posición de poder dentro del sistema penal para administrar justicia. Pero también se deben tener en cuenta los derechos y garantías ciudadanas —cuyo defensor legal es el Ministerio Público— así como el cumplimiento de las pautas sustanciales de un verdadero Estado de derecho».⁸

En esta etapa, al igual que en la anterior, los fiscales no cumplieron sus funciones, ni siquiera en las áreas más sensibles. Al respecto, la Coordinadora de Derechos Humanos, sostuvo que «[...] la experiencia de los últimos tres años ha permitido observar serios problemas respecto a la actuación de los miembros del Ministerio Público. Por ejemplo, muchas personas sometidas a este tipo de procesos han alegado torturas y tratos crueles y vejatorios durante el período de la detención policial y en el respectivo interrogatorio. Asimismo, otra constante ha sido la aseveración de estas personas de la ausencia de los fiscales durante los interrogatorios; los funcionarios solo llegan a firmar las declaraciones, sin haber presenciado ni intervenido realmente en los interrogatorios».⁹ Denuncias ante las cuales no se adoptó ninguna medida correctiva, con ello los fiscales legitimaban el arbitrario trabajo policial que ejercía monopolio en la investigación del delito.

7 COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 1993: 105 y ss.

8 COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 1995: 38 y ss.

9 COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 1995: 38 y ss.

La situación antes señalada se agravó con el cese masivo de magistrados y su consecuencia lógica, la provisionalidad, situación que facilitó la manipulación en el desarrollo de los procesos y que fue la antesala del control político de la administración de justicia. Dentro de este contexto, el MP tampoco cumplió con controlar la función policial en investigación del delito ni en garantizar los derechos fundamentales de las personas. Tampoco las fiscalías penales ni las fiscalías especiales de la Defensoría del Pueblo atendieron las múltiples denuncias frente a los casos de detenciones arbitrarias, torturas, secuestros, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales. Los representantes del Ministerio Público no promovieron investigaciones, menos aún acción penal, ni siquiera frente a pruebas objetivas irrefutables como la aparición de los cadáveres correspondientes a detenidos por las fuerzas del orden.

Frente a la legislación de emergencia que reprimía el terrorismo, el Ministerio Público, por medio del Fiscal de la Nación, podía haber interpuesto una acción de inconstitucionalidad contra los decretos leyes, pero no lo hizo, tampoco hizo ninguna otra gestión tendiente a solucionar las graves consecuencias de la aplicación de la legislación de emergencia. Fueron otras instituciones como los organismos de Derechos Humanos, las iglesias cristianas y la Defensoría del Pueblo las que asumieron el liderazgo en esta delicada tarea.

De lo que ocurrió en nuestro país durante la época de la violencia subversiva, pero sobre todo a partir de 1992, debemos sacar enseñanzas positivas, si bien es cierto que el Estado, en ejercicio de su poder soberano, tiene el derecho de dictar leyes estableciendo penas severas para determinadas conductas, también tiene la obligación ineludible de rodear al proceso de las máximas garantías, de tal manera que se pueda alcanzar un conocimiento en grado certero que permita sancionar solo a los que real y efectivamente tienen responsabilidad penal en la comisión del delito, así se minimizan las posibilidades de error judicial y de vulneración de derechos fundamentales como la libertad y la presunción de inocencia.

En 1998, el modelo autoritario impuesto por Fujimori se extendió al campo de la delincuencia común que actuaba organizada en bandas. Según lo explica Fernando Tocora, en los regímenes de Seguridad Nacional se ponen en práctica procedimientos que buscan privilegiar la eficacia de la persecución penal. A ellos se les conoce como *procedimientos securistas*, destinados a aquellos sujetos considerados peligrosos para la seguridad nacio-

nal.¹⁰ Generalmente, estos procedimientos son introducidos por la *legislación de emergencia* confiriendo competencia tanto al fuero común, como al fuero militar, para investigar y juzgar delitos comunes. Cuando se amplía la competencia del fuero militar reconociéndole facultades para la investigación y juzgamiento de hechos que no constituyen delitos de función, estamos frente a lo que se conoce como *procedimientos de guerra* donde la violación a las garantías procesales es palpable; en muchos casos se invierte la carga de la prueba, se recorta el derecho de defensa, se sobrepasan los límites que impone el derecho a un debido proceso y se dejan de lado los sistemas procesales de valoración de la prueba, pues se recurre a la prueba legal dando valor probatorio al atestado policial. Además, se recortan beneficios procesales y de ejecución penal y se prohíbe la recusación de los magistrados y auxiliares de justicia en claro desmedro del derecho a un juez imparcial.

Estos procedimientos especiales que se establecieron para investigar y juzgar los denominados delitos de terrorismo especial y los delitos agravados han sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.¹¹

IV. RATIFICACIÓN DE LA OPCIÓN ACUSATORIA

La Constitución Política que entró en vigencia en 1994, en su art. 159 inciso 4, dispone que corresponde al Ministerio Público «[...] conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función».¹²

Hubiese bastado esta decisión de nivel constitucional para que el Código Procesal Penal entre en vigencia, pero los alcances del mismo eran incompatibles con el autoritarismo del régimen y su afán de intervención política en las instituciones encargadas de administrara justicia. Por eso continuamos teniendo un conjunto de procedimientos regulados por el CdePP y por leyes de emergencia, y en ambos casos la Policía tenía y tiene un rol preponderante en cuanto a investigación del delito.

10 TOCORA 1997: 192.

11 Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de noviembre de 2001.

12 BERNALES 1997: 705 y ss.

Desde el punto de vista teórico, la Policía Nacional es un órgano de apoyo que presta auxilio al Fiscal en la investigación; sin embargo, en la práctica investiga sin intervención del Fiscal en el 98% de los casos.

La falta de regulación de las funciones del Fiscal, no solo determina una confusión de los roles que le corresponden al juez y al fiscal, sino que además permite que la investigación sea practicada por la Policía, que continua teniendo prácticamente el monopolio y el control de la investigación del delito, al extremo que recientemente se ha dado la Ley N.º 27934, que le otorga facultades para practicar investigación preliminar.¹³

En la década pasada, sobre todo después de 1992, los pocos esfuerzos de los fiscales provinciales por investigar la violación de los Derechos Humanos, en cumplimiento de sus funciones constitucionales, también se vieron frustrados por la actitud de abdicación de los Magistrados Supremos, tanto del Ministerio Público, como del Poder Judicial, que reconocieron competencia al fuero militar para juzgar delitos contra los Derechos Humanos como desaparición forzada y ejecución extrajudicial, sustrayéndolos del fuero común; y también por la prepotencia de poder militar que se acrecentaba día a día.

Así ocurrió en los sonados casos del asesinato de Barrios Altos, el secuestro y desaparición forzada de La Cantuta, las torturas de la agente de los servicios secretos Leonor la Rosa, etc. Esa actitud, aparentemente aislada e individual en un primer momento, se legalizó cuando los Poderes Ejecutivo y Legislativo, haciendo mal uso del poder que el pueblo les había conferido y excediéndose en el ejercicio de sus funciones, en actos que constituyen abuso de poder, dieron leyes para facilitar la transferencia de competencia a los tribunales militares¹⁴ o para concederse autoamnistía, consagrando la impunidad.¹⁵

La investigación del delito se ha llevado a cabo en el Perú hasta el 2000 sin que exista ley que la regule. Tampoco existe una ley que regule las funciones del fiscal en el ámbito de la investigación preliminar; el Fiscal no tiene una norma de referencia respecto a sus funciones y atribuciones, los plazos que tiene para investigar, las medidas restrictivas que puede solicitar,

13 *El Peruano*, Lima, 12 de febrero de 2003, p. 238963.

14 CUBAS VILLANUEVA 2000: 103.

15 CUBAS VILLANUEVA 2000: 105 y ss.

etc. Solo a partir de las postrimerías del año 2000, como lo sostiene el profesor César San Martín, «[...] en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y los delincuentes peligrosos cuya conducta afecta bienes jurídicos penales de especial relevancia, desde hacía mucho tiempo se había notado grave ausencia normativa y un inusitado desencuentro entre la legislación procesal vigente —confusa y asistemática— y las exigencias de eficacia de la persecución penal. El viejo Código de Procedimientos Penales de 1940 no contempló la investigación preliminar del delito para definir los marcos necesarios que permitan inculpar formalmente a una persona por la comisión de un delito»;¹⁶ por ello fue necesario dotar al Fiscal de determinados instrumentos legales.

V. FACULTADES DEL FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

El Fiscal ha venido ejerciendo parcialmente sus facultades respecto a investigación del delito sin contar con regulación legal. Solo 20 años después, con la finalidad de posibilitar el desarrollo de la investigación preliminar, para determinados delitos se han dictado medidas legislativas como las siguientes:

1. La Ley N.º 27378,¹⁷ que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, para que dentro del marco del derecho penal premial se pueda lograr información suficiente y eficaz para ayudar a buscar pruebas permitiendo la prevención y la adecuada represión del delito.

2. La Ley N.º 27379,¹⁸ que regula los procedimientos para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares. Se trata de dotar al fiscal de medidas que le permitan practicar una investigación logrando eficacia y eficiencia, asegurando que las personas sometidas a investigación no rehuyan la acción de la justicia ni perturben la actividad probatoria, para ello se le faculta a solicitar las siguientes medidas:

16 SAN MARTÍN CASTRO 2001: 218.

17 Publicada en *El Peruano*, Lima, 20 de diciembre de 2000.

18 Publicada en *El Peruano*, Lima, 20 de diciembre de 2000.

- a) Detención preliminar.
- b) Impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia el investigado o del lugar que se le fije.
- c) Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia.
- d) Embargo u orden de inhibición para disponer o gravar bienes, que se inscribirán en los Registros Públicos cuando corresponda.
- e) Levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.
- f) Exhibición o remisión de información en poder de instituciones públicas o privadas, siempre que estén relacionadas con el objeto de la investigación y sea necesaria para el esclarecimiento del hecho.
- g) Allanamiento de inmuebles o lugares cerrados, siempre que existan motivos fundados para ello.
- h) Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales. Las cuales las dispondrá la autoridad jurisdiccional bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

3. Ley N.º 27380,¹⁹ que faculta al Fiscal de la Nación a designar equipos de fiscales para casos complejos y fiscales para determinados delitos cuando se trata de investigar a organizaciones delictivas o delitos complejos que demanden la necesidad de especialización.

4. Ley N.º 27399,²⁰ que faculta al Fiscal de la Nación para practicar la investigación preliminar en caso de los funcionarios del Estado que gozan de la prerrogativa procesal del ante juicio.

5. Ley N.º 27697,²¹ sobre intervención y control de comunicaciones y documentos privados, medidas indispensables para facilitar la investigación de determinados delitos cometidos por organizaciones criminales como corrupción, tráfico ilícito de drogas, secuestro, tráfico de armas, delitos contra la humanidad, terrorismo, etc. Esta Ley otorga facultad a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las personas que están comprendidas en una investigación preliminar o jurisdiccional.

19 Publicada en *El Peruano*, Lima, 20 de diciembre de 2000.

20 Publicada en *El Peruano*, Lima, 13 de enero de 2001.

21 Publicada en *El Peruano*, Lima, 12 de abril de 2002.

Tanto las medidas limitativas de derechos, como la intervención de las comunicaciones, pueden ser solicitadas por el Fiscal y será el juez quien decidirá si las concede o no; solo proceden para determinados delitos expresamente señalados en la ley.

VI. NECESIDAD IMPRESCINDIBLE DE REFORMAS

Como podemos ver, la investigación del delito tarea exclusiva del Fiscal, aún la realiza el juez. El Fiscal interviene tímidamente en la investigación preliminar, limitándose muchas veces solo a calificar el trabajo de la Policía que monopoliza la investigación del delito y que ejerce un extraordinario poder criminalizador. En consecuencia, es urgente que el Fiscal asuma su rol constitucional y para ello es necesaria una profunda reforma del Ministerio Público y del sistema de Administración de Justicia.

La futura reforma tiene que definir claramente los roles entre Poder Judicial y Ministerio Público conforme está establecido en la Constitución y en los arts. V y VI del Título Preliminar y 1 y 3 del Código Procesal Penal. El Ministerio Público asume la Dirección de la Investigación con plenitud de iniciativa y autonomía, función que comprende el inicio, el desarrollo de la investigación hasta su conclusión, decidiendo si formula o no acusación y su activa participación en el juicio oral. En tanto que el Poder Judicial tiene competencia exclusiva para dirigir la etapa procesal del juzgamiento, ejerce control sobre la investigación y es garante de los Derechos Humanos.

Para cumplir con esos objetivos hay que redefinir la función del Ministerio Público creando una nueva estructura orgánica, definiendo con claridad las funciones y atribuciones de los Órganos de Gobierno de la Institución: Consejo de Gobierno, Junta de Fiscales Supremos y Fiscal de la Nación.

También se tiene que definir la organización y funciones de la Fiscalía de la Nación, dotándola de una estructura ágil que permita eficiencia y eficacia en la administración. Para ello se requiere que tenga organismos de apoyo, tales como:

1. *Un Gabinete Técnico de Asesores*, que le permita al Fiscal de la Nación poder ejercer sus atribuciones:
 - a) Entablar acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

- b) Dirigir la política criminal del Estado u opinar jurídicamente sobre los proyectos de ley que le remite el Legislativo.
- c) Diseñar la política macro institucional.

2. *Unidades de Investigación*, las mismas que deben estar integradas por fiscales titulares de las diferentes jerarquías que se dediquen a realizar investigaciones que corresponden al Despacho de la Fiscal de la Nación:

- a) Investigación preliminar a los altos funcionarios del Estado que gozan de la prerrogativa procesal del antejuicio.
- b) Investigaciones por presunción de enriquecimiento ilícito y por transacciones financieras sospechosas.
- c) Investigaciones cuando se impugna las resoluciones emitidas por la Fiscalía Suprema de Control Interno en los casos que a la Fiscalía de la Nación le corresponda decidir el ejercicio de la acción penal contra los Magistrados de primera y segunda instancia por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones.

3. *Oficina de Cooperación Judicial Internacional*, para facilitar el desarrollo de las investigaciones que se siguen contra organizaciones criminales.

4. *Oficina de Cooperación Interinstitucional*, que permita estrechar los vínculos con operadores del sistema de Administración de Justicia. También trabajar en procura de la cooperación y asistencia internacional en la capacitación y el intercambio.

5. *Secretaría General*, que establezca estrecha coordinación de acciones con el Sector Administrativo, a fin de que este preste apoyo oportuno para el ejercicio de la función fiscal.

6. *Oficina de Coordinación de Fiscales*, que lleve los registros del personal fiscal, méritos, deméritos, que sea fuente esencial para la instauración de la carrera fiscal.

7. *Instituto de Investigaciones*, que potencie las posibilidades de desarrollo a través de las siguientes actividades: capacitación propiamente dicha, investigación jurídica, publicaciones y biblioteca.

Los organismos antes citados en todos los casos deben estar dirigidos por un Fiscal Superior Titular o por un abogado que reúna los requisitos para desempeñar ese cargo.

8. *Rediseño del sistema de investigación*, debiendo propender a la *formación de equipos interdisciplinarios* para la investigación de hechos relevantes; equipos que deben estar integrados por expertos de entidades públicas y privadas que trabajarán bajo la dirección del fiscal.

9. Incorporar los *mecanismos de celeridad procesal* tales como: terminación anticipada de proceso, principio de oportunidad, colaboración eficaz, sentencia de absolución anticipada, que permitan real y efectivamente controlar la carga procesal.

10. *Cuerpo Técnico de Investigaciones*, que proporcione soporte técnico. El mismo que dependerá funcionalmente de la Fiscalía de la Nación. Esto permitiría formar unidades de investigación, de inteligencia operativa y la implantación de un sistema de protección de testigos, peritos y víctimas.

11. *Restablecer la efectiva vigencia de las garantías procesales*: juicio previo, oral, público, con intermediación, contradicción, defensa, celeridad.

12. *Descentralizar y desconcentrar la administración*, reemplazando el sistema de decanos por otro más democrático y participativo, en el que el representante de los fiscales sea fruto de la elección directa, universal, secreta y obligatoria. Su mandato tiene duración determinada. Así, la Fiscalía de la Nación podrá dedicarse al diseño de la política macro institucional y a dirigir la política criminal del Estado.

13. Introducir la *subespecialización*, creándose *fiscalías especializadas* para lograr mayor eficacia y eficiencia, tales como:

- a) Fiscalías especializadas en investigar la violación de Derechos Humanos.
- b) Fiscalías especializadas en investigar casos de corrupción.
- c) Fiscalías especializadas en investigar casos de tráfico ilícito de drogas.
- d) Fiscalías especializadas en investigar Delitos Comunes.
- e) Fiscalías especializadas en aplicar el Principio de Oportunidad.

14. *Reestructurar el despacho fiscal*, dotando a cada Fiscal de la posibilidad de hacer la investigación del delito hasta su conclusión, decidiendo si formula o no acusación, entregándole los recursos humanos y logísticos indispensables.

15. La *fiscalía de turno* tiene que tener una *unidad de reacción rápida* con un equipo básico de investigación integrado por especialistas en investigación criminal y criminalística, que acompañen al Fiscal hasta el lugar

donde se cometió el delito, escena del crimen y allí, luego de las inspecciones correspondientes (Inspección Técnico Policial e Inspección Técnico Criminalística), se diseñe la estrategia de investigación.

16. Definir con claridad el papel de las *fiscalías de prevención del delito* o convertirlas en fiscalías penales.

17. Definir el rol de la *Fiscalía de Control*. La Fiscalía Suprema de Control Interno no debe estar integrada por fiscales provisionales, por los peligros de ausencia de imparcialidad.