

I. INTRODUCCION

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Ministerio Público es de origen francés. Algunos autores creyeron encontrar su origen en Grecia y Roma antiguas, debido a que algunas de las funciones que se le atribuyen fueron ya cumplidas por algunos funcionarios de esa época. Ahora existe casi unanimidad en admitir que los verdaderos antecedentes del M.P. hay que buscarlos en el antiguo derecho francés y en su derecho revolucionario (Garraud 1907, No. 78; Esmein 1882 p. 100 y ss.; Rassat 1967, p. 12 y ss.). Esto no significa que en los demás países de Europa continental sólo se hubiera recepcionado, mecánicamente, esta Institución. La recepción del derecho francés se produce bajo la influencia del sistema jurídico nacional vigente y de las demás circunstancias socio-políticas (en relación con España, ver Femández 1976. p. 320).

Para comprender bien el origen del M.P., debe tenerse en cuenta los orígenes del procedimiento penal. En sus inicios, momentos en el que una autoridad pública se organizó, se limitaba a orientar la venganza privada, proponiendo un árbitro imparcial, encargado de controlar el desenvolvimiento normal del rito procesal. Los interesados debían comparecer: el agraviado para sustentar su reclamo, y el denunciado para defenderse. Este tipo de proceso ha recibido el nombre de "acusatorio". Al comienzo, el derecho de acusar correspondía exclusivamente a la víctima o a sus parientes. Las componendas que se producían entre las partes, obligaron al Estado, en la medida que se consolidaba, a establecer condiciones para que la infracción no permaneciese impune.

Si vemos lo sucedido en Francia, constatamos que desde el siglo XIII existía, entre las diferentes jurisdicciones, numerosos agentes (llamados procuradores) que asumían la función de representar a las partes en el proceso. Los Señores feudales utilizaban, también, un "procurador" para defender sus intereses fiscales; los Reyes hicieron lo mismo. A mediados del siglo XIV, el Procurador del Rey aparece finalmente instalado en el proceso penal. Es así como, en la práctica, surgió -cuando crecía el poder real- la institución de un acusador especializado, encargado de representar objetivamente el interés social: el Ministerio Público (Rassat 1967, p. 20; Stéfani Levasseur-Bouloc 1980, p. 56). Su autoridad va a aumentar a medida que el procedimiento deviene de tipo "inquisitivo", influenciado por el procedimiento eclesiástico. Pero su aparición no puede ser apreciada sólo desde la perspectiva del Proceso penal. Si se tiene en cuenta su evolución durante los siglos XIV a XVI, se aprecia que su configuración es el resultado de la fusión de dos instituciones diferentes.

El M. P. se formó en un largo proceso histórico, durante los siglos XIV y XVI. Es el resultado de la fusión de dos instituciones diferentes: la de los Abogados del Rey y la de los Procuradores del Rey. La primera, se consolidó en el siglo XIV; sus miembros cumplían funciones puramente procesales. La segunda, de origen más remoto, era de carácter administrativo, y sus miembros cumplían importantes funciones fiscales. Al aparecer en el siglo XVI, como una sola institución, en el M. P. prevalecieron las funciones administrativas sobre las procesales. El M. P. fue un instrumento importante del centralismo monárquico, en contra del "particularismo y las fuerzas centrífugas del feudalismo". Se había gestado como "arma antinobiliaria de los reyes franceses" (Nobili 1979, p. 92).

En la época del absolutismo los miembros del M.P. se hicieron apreciar por el pueblo. En los Cuadernos de Súplicas de 1789 no figuran quejas formuladas contra ellos. Las críticas formuladas, entonces, son generales y tienen su origen en la aversión popular existente contra los magistrados (Rassat, p. 31; Molinari, p. 196). La Asamblea

Constituyente no lo hizo desaparecer, sino lo reforma). La función político-administrativa que los caracterizó, durante el Ancien Régime, pasó a manos de los prefectos y funcionarios procesales. Los legisladores revolucionarios organizaron -con el fin de estatuir un Tribunal imparcial- el procedimiento penal de acuerdo con el modelo civil. Al acusado, demandado, se le opuso, como demandante, el acusador público: representante de la sociedad (Clerc 1975, p. 65). Sin embargo, la inestabilidad política y jurídica de este período, no permitió que el

M. P. adquiriera una fisonomía clara.

Con la Constitución del año VIII (13 - 12 - 1799) Napoleón adquirió los plenos poderes de gobierno y bajo su dominio el M. P. se organizó plenamente. Exhibiendo el título de Cónsul, proclama, entonces, que "la révolution est finie" y promete a los franceses "pouvoirs forts et stables". En la organización del M. P. y con el mismo objetivo de consolidar y centralizar el poder, se retorna el modelo existente en la Monarquía absoluta; pero, no se trata de una simple imitación. Todo lo contrario, Rassat (1967, p. 34) ha podido decir que es falso sostener que "el M. P. moderno no es sino una transposición del

M. P. del ancien régime". Según él, se trata de dos instituciones diferentes: pues, el M. P. moderno ha sido creado "de toutes pièces par le législateur napoléonien". La función del nuevo M. P. es determinada en base a la "défense des intérêts propres de la nation". La organización es definida en relación a la representación del Ejecutivo. De esta manera, se postulaba la coincidencia de los intereses de la sociedad con los intereses del Estado (Nobili 1979, p. 100).

Las bases legales del M. P. son fijadas, primero, por la Ley del 27 de enero de 1801; luego, con el Code d'instruction criminelle de 1808; y, por último, en las leyes sobre la organización judicial del 20 de abril de 1810 y en los decretos del 30 de marzo de 1808, 6 de julio y 18 de agosto de 1810. Sus características decisivas fueron la duplicidad y la ambigüedad.

Fue concebido, a la vez, como órgano judicial constituido por magistrados independientes y autónomos en sus apreciaciones, y como funcionarios del Poder Ejecutivo ante los tribunales, obligados a obedecer al poder central, siendo equiparados a los funcionarios de la administración gubernamental.

Su sometimiento al Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia) se manifestaba con relación a los nombramientos, exclusiones y sanciones. En cierta forma, eran dependientes de sus superiores jerárquicos en cuanto al cumplimiento de sus funciones y, en último análisis, al indicado Ministerio. En resumen, se puede afirmar que los textos legales napoleónicos estatuyen un M. P. "configurado COMO representantes del poder central". Sus miembros eran nombrados y destituidos por éste; y, por último, estaban sometidos a un régimen de responsabilidad centrado, de manera acentuada, en la forma de responsabilidad disciplinaria (Nobili 1979, p. 101; Molinari 1979, p. 197).

En Alemania el M. P. surge como institución autónoma sólo durante la formación del Estado moderno, en el siglo XIX. En el dominio de la justicia penal, se encuentra relacionado, estrechamente, con el abandono del proceso inquisitivo en favor del acusatorio. Este hecho refleja, de manera directa, la idea de la división de poderes; la misma que se materializa, también, en la distribución de funciones dentro de cada Poder. En el judicial, se distinguió entre el poder de acusar y el de condenar. Dos organismos diferentes debían ejercerlos: el M. P. y el Juez. Al unificarse la legislación procesal penal en Alemania, el M. P. fue regulado en el Código de Procedimientos y en la Ordenanza sobre la Organización Judicial (Reichjustizgesetz) (Peters 1963, p. 4).

Desde un comienzo, fue objeto de serias críticas; pero la evolución legislativa de los primeros años de este siglo tiende al reforzamiento del M. P.

El M. P. alcanzó su mayor fuerza durante el régimen nazi. En la reforma de 1933, se da al M.P. poderes omnímodos: "no se le tiene más como sometido a las leyes, al control del juez o de

la parte agraviada; se transforma, así, en el patrón del proceso" (Molinari, p. 218). jerárquicamente organizado y sometido a las directivas del poder central (del cual forma parte), el M. P. devino en el instrumento idóneo para imponer la voluntad política del Estado autoritario en todo proceso penal (Kem 1942, p. 406 y s.).

A la caída del régimen nazi, la oposición contra el M. P. fue fuerte y general. Sin embargo, no logró concretarse; llegando a disminuir, notablemente, al consolidarse el nuevo régimen político conforme a la nueva Constitución. De allí que se le conservó, se mantuvo su organización jerárquica y su dependencia del Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia). Sin embargo, se redujo, prudentemente, sus potestades y se evitó su manipulación por parte del Poder central, mediante una clara regulación de la facultad otorgada a éste para darle directivas. Actualmente, mantiene las líneas fundamentales de su estructura monocrática y jerárquica; tanto interna (los miembros del M. P. son representantes del jefe máximo) como externamente (el Ministerio de Justicia es la autoridad máxima). Los miembros del

M. P. no actúan por poder propio, sino en representación del Procurador General (de acuerdo al sistema federal del país).

En el vigente proceso penal, para señalar sus actividades sólo en el dominio más importante, el M. P. tiene funciones de investigación, de acusación, de impugnación, de ejecución y otros procedimientos complementarios. No es de olvidar que -en el siglo pasado- adoptar los alemanes el sistema

acusatorio no se inspiraron tanto en el derecho francés como en el anglosajón. Nada más natural que el M. P. demandante, tenga la función de aportar la prueba de cargo. En el ejercicio de la acción penal predomina el principio de la legalidad (obligación del M. P. de ejercitarla en todo caso de sospechar la comisión de un delito), flexibilizado por la distinción practicada, primero, entre las infracciones perseguidas de oficio, de las que requieren intervención de la parte agraviada; y luego, por la admisión gradual del criterio de la oportunidad (Schaefer, Kap. 13, No. 27 v s.; Clerc 1975, p. 99). El M. P. es responsable tanto de la legitimidad como de la regularidad y perfección de la instrucción.

En España, es de mencionar, en primer lugar, a los Fiscales, instituidos por Juan I en el Parlamento de Briviesca (1385) y cuyo número fue aumentado notablemente por los Reyes Católicos. Estos funcionarios ejercían vigilancia sobre la buena marcha de los tribunales. Su poder fue reforzado por Felipe V de Borbón. Fue esta institución la transplantada a América por los conquistadores; donde también los fiscales desempeñaron la función de defensa de los indios.

El M. P. moderno originario de Francia, es incorporado en la Constitución, española de 1812; pero, sólo en el Reglamento provisional 1 para la Administración de Justicia de 1835, aparece claramente instituido. En 1870, la Ley Orgánica del Poder Judicial lo regula como órgano de iniciativa, vigilancia y representación del Gobierno ante los Tribunales. Hasta 1926, los Jueces y Fiscales formaban parte de una, misma institución. A partir de entonces (Estatuto Orgánico de 1926, Reglamento de 1927), son separados para constituir organismos diferentes: Poder Judicial y M. P. En cuanto a su organización, el M. P. era jerárquico y dependiente del Poder Ejecutivo (a quien representaba ante los Tribunales). Actualmente se ha perfeccionado su estructura y funciones; sobre todo, mediante la dación de la Ley Orgánica del Estado de 1970 y la puesta en vigencia de la Constitución de 1978.

En nuestro país, puede considerarse como el antecesor más remoto del M. P., al funcionario que defendía la jurisdicción y los intereses de la hacienda real en los Tribunales del Consejo de Indias. Su función de defensor de la hacienda pública y real es fortalecida al instalarse, en 1542, La Real Audiencia de Lima y, luego, la del Cuzco. Con

anterioridad, ya hemos señalado que el Fiscal estaba encargado de la defensa de los indios. Aun cuando, entonces, no se encontraban nítidamente diferenciadas las labores gubernamentales y judiciales del Estado, el M. P. era, sobre todo, una autoridad judicial. Esta separación del Poder central, fue, igualmente, una nota distintiva de los Oidores.

La asimilación de los miembros del M. P. al aparato judicial se mantuvo durante la época republicana. Desde la instalación de la Alta Cámara de Justicia y la creación de la Corte Suprema (1825), el M. P. ha estado siempre al lado de los jueces. La regulación legal de la institución era deficiente; por ejemplo, los Reglamentos de Organización de los Tribunales no los mencionaban como constituyendoun organismo.

La convención de 1855 aprobó la ley sobre la Organización del, Ministerio Fiscal (Ley de 7.7.1857). Basadre (1968, p. 15 l), resume la facultades del Fiscal de la Nación de la siguiente manera: "aparte de la supervigilancia del Poder Judicial y, en especial sobre los Fiscales de las Cortes y Agentes Fiscales, le correspondía dictaminar en los asuntos y casos que le competían según la ley de ministros; cuidar de que todo funcionario público cumpliera la constitución y las leyes; dar parte al Congreso sobre las infracciones de cualquier funcionario de la República; inspeccionar las oficinas del Estado y todo establecimiento público o corporación legal sin excepción alguna, dando parte de los abusos y de las transgresiones de las normas legales y reglamentarias; cautelar que las elecciones populares se verificaran con plena libertad y en los tiempos designados". Los reglamentos y leyes posteriores variaron las funciones del M. P.; pero mantuvieron su estatus de organismo de la administración de justicia. Sin embargo, durante mucho tiempo, se le mantuvo como defensor del Estado en juicio.

Sólo en 1936, durante la presidencia de Benavides, se organizaron los Procuradores Generales de la República para la defensa de los intereses del Estado, en los litigios civiles como demandantes o demandados; y, en asuntos penales, como parte civil. El desarrollo y complejidad del sistema estatal, conforme a la nueva realidad socio-política, hizo necesaria esta separación de funciones. Esta tendencia se consolida con la dación del D. L. 17537, del 25 de marzo de 1969, que crea el Consejo de Defensa Judicial del Estado. Así se centraliza y estructura, jerárquicamente, a los Procuradores.

La culminación de esta evolución legislativa es la nueva regulación del M. P., primero, en la Constitución de 1979; y luego, en la L. O. M. P.

De esta manera nuestro sistema procesal penal, comprendido el M. P., tiene un origen euro continental; con mayor precisión, hispanofrancés. Una de sus características esenciales es la clara distinción entre órganos jurisdiccionales (encargados de administrar la justicia penal) y órganos requirentes (Ministerio Público). Teniendo en cuenta esta concepción, la Constituyente reguló la función del nuevo M. P., en el proceso penal. Así, por ejemplo, señaló que se encargaría de "vigilar e intervenir" en la investigación del delito y de "promover la acción penal". Las imprevisiones e incorrecciones de la L. O. M. P., de serias repercusiones en la actividad de la Institución, tienen su origen en el error, cometido por los redactores de la ley, de pretender atribuir al M. P. -un "poco a la manera norteamericana" (Exposición de motivos p. 7 1) - la actividad de investigar las infracciones que -conforme a nuestro sistema procesal, presupuesto por la Constituyente- corresponde al Poder Judicial (Juez Instructor).

2. ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO

El M. P. forma parte de la estructura del Estado. No constituye un nuevo poder con respecto al Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Sus atribuciones y su organización lo distinguen y, al mismo tiempo, lo vinculan, de manera peculiar, a dichos Poderes; en especial, con relación al Poder Judicial. Ya hemos visto que el M. P. ha formado parte, hasta ahora último, del Poder Judicial.

Antes de la dación de la L. O. M. P. e inmediatamente después de su entrada en vigor, se habló -en el círculo de los padres y padrinos (Oficiales u oficiosos) del nuevo M. P.- que se trataba de un nuevo Poder del Estado. Poder opuesto y competidor de los otros; en realidad y sobre todo, del Poder Judicial.

Desde Un punto de vista formal, sería de considerar la manera como la estructura del Estado ha sido regulada en la Constitución.

En ésta, se nombran expresamente los tres Poderes tradicionales: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Materialmente, debe reconocerse que el poder estatal es uno solo; el mismo que es ejercido por diversos órganos públicos. Desde esta perspectiva, el M. P. - parte de la estructura del Estado- constituye un medio por el que se ejerce ese poder; de la misma manera que lo son los Gobiernos locales, el Jurado Nacional de Elecciones, etc. Equipararlo formalmente a los Poderes del Estado (designados como tales en la Carta fundamental) comporta un mecanismo lingüístico destinado a atribuir al M. P. la significación política que implica tal designación. Esta discusión no es muy útil para determinar las atribuciones del M. P. Resulta preferible que se trate de precisar sus relaciones con los órganos estatales y, en particular, con los llamados Poderes del Estado.

Este cambio radical en nuestro sistema jurídico se concreta en su regulación, como organismo estatal autónomo y jerárquicamente organizado, en la Constitución de 1979 (Título IV, Capítulo XI). Innovación, sin precedentes en nuestras anteriores leyes fundamentales. Sus atribuciones son múltiples, variadas y amplias. Estas se manifiestan en los diferentes roles que desempeña el M. P.: defensor del pueblo ante la administración pública; defensor de los derechos de los ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley; guardián de la independencia de los órganos judiciales y de la recta administración de justicia; titular de la acción penal; y, por último, órgano ilustrativo de los órganos judiciales en los casos señalados en la ley (art. 250, Const.). Esta naturaleza "multiforme" (De Miguel, 1954, p. 8) o "proteiforme" (Goldschmidt, citado por Prieto Castro 1964, p. 15, nota 3), no es propia únicamente del M. P. peruano. La evolución histórica del M. P. no ha llegado a diferenciar claramente sus contornos. No está equivocado Herrero Tejedor (1967, p. 410) cuando escribe: "En realidad, ocurre que, después de una evolución histórica influida por las distintas situaciones del ordenamiento jurídico de cada país, aunque bajo líneas generales en cierto modo uniformes, el Ministerio Fiscal ha venido a ser un punto de coincidencia de instituciones muy dispares - Administración de Justicia, Órganos del Legislativo o Ejecutivo; interés público y social; intereses privados no protegidos y de ahí surge una -naturaleza poco aprehensible, pero que hay que considerar en esta misma realidad y basarla en este misma y múltiple aspecto".

La complejidad y elasticidad del campo de acción del M. P. hace que su regulación normativa sea difícil. La ausencia de antecedentes nacionales, tanto legislativos como doctrinarios, han multiplicado los obstáculos en nuestro país. Si a esto agregamos el hecho que la elaboración de la L.O.M.P. no ha sido realizada dentro de un proceso coordinado y simultáneo de reforma de los Códigos Procesales y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (al menos), comprenderemos el origen y la razón de los diversos vacíos y contradicciones -a veces aparentes- de la legislación nacional en esta materia.

Los ajustes indispensables serán hechos, seguramente, al elaborarse los nuevos Códigos de Procedimientos Civiles y Penales y, asimismo, la L.O.P.J., por parte de las Comisiones que han sido designadas últimamente. Los recientes Decretos Legislativos en materia de procedimientos penales, no han hecho sino complicar la situación, a pesar de haber sido redactados estando ya vigente la L.O.M.P.

3. ORGANIZACIÓN GENERAL

La organización del Ministerio Público está vinculada estrechamente con la del Poder Judicial. No es de olvidar que es reciente su separación. De otro lado, la administración de justicia ha sido y es su sede habitual, aunque ahora no de manera exclusiva.

El M. P. tiene, por mandato constitucional (art. 250), una organización jerarquizada. Lo mismo sucede con el Poder Judicial; respecto al cual el art. 232 de la Constitución dice que ejerce la potestad de administrar justicia "por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario". Sin embargo, sus órganos no gozan, como lo veremos más adelante, de la misma autonomía interna.

Las jerarquías de los órganos del M. P. corresponden a las jerarquías judiciales, ante las que desempeñan sus funciones. Los Fiscales Provinciales, Fiscales Superiores y Fiscales Supremos están en relación con los niveles de Jueces de Primera Instancia, Vocales de Cortes Superiores y Vocales de Corte Suprema. En todos los niveles los fiscales y jueces se distinguen, según la especialidad entre civiles y penales. Sólo en la Corte Suprema existe un F. S. dedicado, exclusivamente, a los asuntos contencioso-administrativos. En las otras instancias los conocen los fiscales en lo civil. La especialidad es más marcada entre los miembros del M. P. La conformación de Salas o Tribunales no está determinada, lamentablemente, por la especialidad. El Vocal menos antiguo será señalado, casi siempre, para formar parte de un Tribunal Correccional; a pesar de que haya desempeñado durante años un Juzgado civil y sea un especialista en la materia. Con mejor criterio, en la L. O. M. P., se busca que la elección y ascensos se decidan teniendo en cuenta la especialidad.

De modo general, se ha pensado que es conveniente la adscripción de un Fiscal ante cada uno de los órganos judiciales. Es decir, que así como ante cada Juez Instructor y Tribunal Correccional hay un F. P. penal y un F. Sup. penal, ante cada Sala Civil de las Cortes Superiores y de la Corte Suprema debería haber un F. Sup. y un E. S. en lo civil. Sin embargo, debido a que el M. P. no interviene en materia civil de manera tan amplia como lo hace en el dominio penal, no resulta imperativo hacerlo. Por esto, y en previsión de futuros cambios, la L. O. M. P. faculta a la Junta de Fiscales Supremos la determinación del número de fiscales en cada distrito judicial, conforme a las necesidades y a los recursos económicos disponibles. Hasta ahora, no se han cubierto, por lo menos en el distrito judicial de Lima, los cargos de fiscales en lo civil. Sus atribuciones las vienen desempeñando, como sucedía antes, los Fiscales Provinciales y Superiores Penales. Recientemente, se han nombrado algunos Fiscales Superiores en lo civil quienes deberán intervenir en los asuntos civiles y contencioso-administrativos que conozcan las seis Salas civiles de la Corte Superior de Lima.

La falta de nombramiento definitivo -de acuerdo con el procedimiento legal establecido- representa un grave problema en el normal funcionamiento del M. P. Los funcionarios encargados de desempeñar los cargos están pendientes de su nominación. Este factor no puede dejar de influir sobre la independencia con que deben ejercer sus actividades. Esta situación se complicará aún más con la reinstalación de los Tribunales Correccionales Unipersonales (Ley 23612, art. 2). Estos son, en principio, tribunales contrarios a la Constitución (art. 233, inc. 3); pues, en ésta se presupone la organización colegiada de los órganos de juzgamiento. Cada uno de dichos tribunales necesitará de un Fiscal para su funcionamiento -no se sabe en que condiciones materiales-, el mismo que debe ser simultáneo para que se cumpla con el objetivo de juzgar todos los procesos pendientes. De lo contrario, se repetirá el fracaso de los anteriores Tribunales Unipersonales que sólo conocían de algunos procesos. Ahora como antes, la medida provisional puede devenir, en definitiva.

Fuera de las limitaciones económicas existentes, es de tener muy en cuenta que la actividad del M. P. gravita, fundamentalmente, en la esfera penal. En este dominio, la situación es crítica y requiere de los máximos esfuerzos para orientar, controlar e impulsar la actividad de

los diversos organismos encargados de combatir la delincuencia. Además, es de tener presente que la función del M. P. como defensor de la legalidad, de los derechos humanos y de los intereses de la sociedad, se refleja, sobre todo, en la actividad de los Fiscales penales.

De allí, que se note, actualmente, una mayor preocupación para dotar al M. P. del personal y de los elementos materiales indispensables. Así, por ejemplo, para lograr una eficaz intervención en la actividad policial, se designarán un buen número de auxiliares de los Fiscales Provinciales; además de los necesarios Fiscales Adjuntos.

La desaparición de los promotores fiscales no sólo significa un cambio en el sistema de órganos del M. P., sino también una modificación en cuanto a su intervención en los procesos en que los jueces de paz intervengan, conforme al C.P.P., como jueces instructores, por ejemplo, en las investigaciones referentes a las faltas. En la L. O. M, P., no se prevé nada sobre la acción penal y el control sobre estas investigaciones. Su intervención estaba dispuesta en el art. 48 del C.P. P., derogado por el art. 105 de la mencionada ley.

La exclusión del M.P. de la represión de las faltas graves parece estar inspirada en una interpretación restrictiva del inc. 5 del art. 250 de la Constitución. Según esta norma - el M. P. promueve la acción penal e interviene en la investigación del "delito". De modo que las faltas estarían excluidas. Esta interpretación comporta admitir que el interés social, existente en la represión de las faltas, no justifica la intervención del M. P., representante de la sociedad. La frecuencia con que se cometen estas infracciones y el número de procesos a que dan lugar; así como el deficiente estado de la Justicia de Paz (encargada de instruir estas causas); y, por último, la naturaleza de las sanciones establecidas, son circunstancias que exigen un control directo en este dominio del sistema penal. En derecho comparado, no conocemos un caso en que se haya adoptado tal situación extrema.

4. FISCAL DE LA NACIÓN

El representante del M. P. es el F. N. Es el jefe máximo y su autoridad se extiende a todos los funcionarios que lo integran, sin consideración de la categoría y actividad funcional especializada. En el Poder Judicial su equivalente es el Presidente de la Corte Suprema. Pero, dicha igualdad es sólo en cuanto al rol de representantes máximos de sus organismos. En realidad, el F. N. tiene muchas más atribuciones que el Presidente de la Corte Suprema. Esto se revela, en particular, si se comparan las relaciones que tienen con sus órganos colegiados: Sala Plena de la Corte Suprema y Junta de Fiscales Supremos. La primera tiene mayores potestades que la segunda; esto no sucede sino con detrimento de las facultades del Presidente.

Es el sistema adoptado en la Constitución. Según su art. 237, los órganos jurisdiccionales son la Corte Suprema, las Cortes Superiores y los Juzgados. La primera es el órgano máximo. Funciona colegialmente para asuntos jurisdiccionales (recurso de revisión), administrativos y disciplinarios. Por el contrario, en el art. 251, se señala como órganos del M. P. al Fiscal de la Nación, a los Fiscales Supremos, Superiores y Provinciales. El F. N. es, pues, la cabeza del M. P. Si se observa, además, que en las pocas referencias constitucionales al M. P. se le atribuye, primero, la presidencia del Consejo Nacional de la Magistratura (art. 246); segundo, la facultad de interponer acción de inconstitucionalidad (art. 299, inc. 3); y, tercero, la facultad de formular cargos ante el Poder Judicial contra funcionarios públicos por enriquecimiento ilícito (art. 62, pf. 2). Es posible admitir que los constituyentes se inclinaban por un M. P. organizado en base a un F. N. poderoso, que tendría como representantes o comisionados a los demás fiscales. Es

decir, en favor de un modelo semejante al del M. P. venezolano. En la L. O. M. P. se ha adoptado una solución intermedia, fuertemente marcada por la tendencia subyacente en las normas constitucionales. Las atribuciones reconocidas al F. N. son numerosas y de diversa índole (art. 66); pero, al mismo tiempo, se admite que los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con su propio criterio y en la forma que estimen más adecuada a los fines institucionales (art. 5). De manera que no son simples delegados o representantes del F. N. No se trata, por tanto, de un sistema monocrático como el germano. En Alemania, los funcionarios inferiores no actúan por poder propio, sino siempre y sólo como representantes del funcionario jefe: ellos obran, en consecuencia, por encargo de éste; es decir, en la calidad de sustitutos (Molinari 1979. p. 221).

Junto a los órganos individuales, el M. P. tiene, conforme a su ley orgánica, órganos colegiados. e trata de las Juntas de Fiscales que reúnen a los miembros de cada jerarquía. Sus atribuciones son restringidas, ya hemos visto el caso de la Junta de Fiscales Supremos con relación al F. N. En nuestra opinión, hubiera sido preferible fortalecer más la dirección colegiada. Así, se hubiera alcanzado un mayor equilibrio con el poder concedido al F. N. Sobre todo, si se considera que por el sistema de nombramiento establecido y las funciones que debe cumplir, el M. P. desempeña un rol de carácter político, en el mejor sentido del término (Herrero Tejedor 1967, pág. 43 l).

En la práctica, esto se revela en las múltiples intervenciones u omisiones del F. N.; el ejemplo más claro es la iniciativa del F. N. consistente a proponer un diálogo con los responsables del movimiento armado, autodenominado "Sendero Luminoso", para evitar una solución cruenta de esta rebelión, quedaría tanto a la población civil. Esta iniciativa del F. N. se explica por la manera tan genérica como se han fijado sus funciones en el art. 1 de su Ley orgánica; al discurso sostenido por abogados, políticos o funcionarios, que lo presenta como el gran guardián de la legalidad, de los derechos fundamentales, de la moralidad y bienestar del pueblo, y de la democracia. De esta manera, se desvirtúa la concepción constitucional; la misma que, reconociéndole en principio esos fines, hace depender su actividad de su carácter de órgano requeriente y consultivo; pero no jurisdiccional o de gobierno. Según la Constitución (art. 250), corresponde al M. P.: (1) defender la legalidad, los derechos fundamentales e intereses públicos, pero promoviendo la acción de la justicia; (2) defender al pueblo, pero de los abusos de la administración; (3) perseguir a los delincuentes, pero promoviendo la acción penal e interviniendo en la investigación que realice la autoridad competente. En caso de conflicto armado interno, su intervención no debe sobrepasar estos límites; pero, ella debe abarcar todos los aspectos de la situación y de todos los participantes o víctimas del conflicto.

5. FISCAL ADJUNTO

Los Fiscales Adjuntos son, igualmente, órganos del M. P., existen en todas las jerarquías; deben reunir los mismos requisitos que los titulares; son elegidos, así mismo, por el Presidente de la República, y tienen los mismos impedimentos para el ejercicio del cargo.

Se trata de órganos permanentes que tienen ciertas semejanzas con los suprimidos Fiscales suplentes y con los Procuradores adjuntos. Es decir, como los primeros, reemplazan a los titulares y ejercen el cargo con autonomía y libertad de criterio. Como los segundos, auxilian al titular, representándolo o participando en la emisión de dictámenes, informes, etc. En este caso, actúan bajo las instrucciones del titular, quien es el que ejerce, realmente, el cargo. De funcionar bien el sistema de Fiscales Adjuntos, significaría la desaparición de los inconvenientes propios del sistema de Fiscales suplentes (más notorios en el caso subsistente de los Jueces o Vocales Suplentes). Además, comportaría la organización de verdaderos equipos de trabajo bajo la dirección de los Fiscales titulares.

6. AUTONOMÍA EXTERNA DEL MINISTERIO PÚBLICO. EXHORTACIONES DEL PODER EJECUTIVO

El M. P. estaba, en nuestro país, integrado en la estructura del Poder Judicial. En el Código de Procedimientos Penales y en la L. O. P. J., se encontraban las disposiciones referentes a su organización y relaciones con los órganos jurisdiccionales. Ahora el M. P. es un ente autónomo del Poder Judicial y de los demás Poderes del Estado.

El M. P. no representa al Poder Ejecutivo y no está en relación de dependencia con el Ministerio de Justicia. Situación diferente es la existente en las legislaciones francesa y alemana, donde el M. P. está subordinado al Ministerio de Justicia. En Francia, el verdadero jefe es el Ministro de Justicia, quien no sólo tiene facultades de control y de disciplina, sino también de interferir directamente en sus funciones (Molinari 1979, p. 199). En Alemania, el M. P. depende del Ministerio de Justicia, sus miembros son empleados públicos y aun más de carácter político (Molinari 1979, p. 231). Por el contrario, el art. 250 de nuestra constitución consagra la autonomía del M. P. Estamos pues lejos de la concepción de los juristas napoleónicos, quienes "deseaban no sólo perpetuar el principio de la sumisión de los miembros del M. P. al gobierno; sino también asegurar prácticamente la realización", para lo cual "crearon, en detalle, la organización jerárquica del M. P., destinada a servirle de apoyo" (Rassat 1967, p. 61).

La separación del M. P. del Poder Ejecutivo es tajante. Así, se busca primero evitar que el M. P. se convierta en un instrumento político autoritario; y, segundo, que se transforme, más bien, en el defensor de las personas contra los excesos del aparato estatal (Fairen Guillén, 1972, p. 179). conforme el art. 7 de la L. O. M. P., el Poder Ejecutivo no tiene la facultad de dirigir, controlar o interferir la actividad del M. P. A lo más, puede, a través del Ministro de Justicia, hacer exhortaciones a los miembros del M. P. en relación con el ejercicio de sus atribuciones. Exhortación es advertencia o consejo con que se intenta persuadir. En el proyecto de L. O. M. P., se decía "hacer exhortaciones y requerimientos". Requerir es informar o hacer saber una cosa con autoridad pública. De modo que en el texto definitivo se optó por restringir aun más las facultades del Poder Ejecutivo. No se trata, pues, de directivas o mandatos de carácter particular o general. El Poder Ejecutivo debe limitarse a expresar su preocupación sobre la manera como los miembros del M. P. cumplen sus funciones. No debe hacerlas de manera unilateral ni parcial. Deben ser formuladas de modo general, aunque se originen en un hecho particular. El incumplimiento doloso o negligente cometido por un Fiscal en relación con un proceso determinado, no puede dar lugar a una amonestación, advertencia o requerimiento de parte del Poder Ejecutivo. Para corregir esas inconductas la ley le reconoce la facultad de recurrir en queja o denuncia contra el funcionario responsable.

Las exhortaciones del Poder Ejecutivo no deben convertirse en una vía por la que se restrinja la independencia de los fiscales en el ejercicio de sus atribuciones. Esta sólo puede ser condicionada, además en forma limitada, por las instrucciones que pudieran impartirles sus superiores (L. O. M. P. art. 5).

Todo abuso en la formulación de tales exhortaciones puede ser controlado y evitado por los mismos miembros del M. P. El Fiscal exhortado en relación con el ejercicio de sus atribuciones puede considerar improcedente la intervención del Ministro de Justicia. En este caso, pondrá en conocimiento del F. N. la exhortación. El art. 7 de la L. O. M. P. dice que la elevará al F. N. si no la considera procedente. Lo que supone que el Ministro de Justicia deberá formular sus exhortaciones por escrito. El F. N., resolverá sobre la corrección de la exhortación o la llevará en consulta a la junta de Fiscales Supremos. De lo que se trata es de evitar interferencias en la actividad funcional de los Fiscales por parte del Poder Ejecutivo; pero reconociéndose a éste, al mismo tiempo, la

facultad de dirigirse directamente a los Fiscales de cualquier rango. Esto constituye, sin embargo, un *graveriesgo*; primero, debido a que el Ministro de Justicia ya tiene la potestad, de acuerdo al art. 66 inc. 5 de la L. O. M. P., de denunciar o quejar a los miembros del M. P. ante el F. N. Si un Fiscal no cumple bien sus funciones en un caso concreto, el Ministro de Justicia lo quejará, en lugar de dirigirse a él exhortándole para que corrija su comportamiento. Segundo, en razón a que el Ministro de Justicia puede convertirse en el orientador y programador de la actividad general del M. P. que sólo es potestad de sus propios órganos; y, tercero, por el efecto que tiene sobre todo en los Fiscales de menor jerarquía, la exhortación formulada por el Poder Ejecutivo (encargado de proponer los ascensos y realizar los nombramientos).

Las interferencias más graves del Poder Ejecutivo en la actividad autónoma del M. P. no se dan, frecuentemente, en la forma abierta de mandatos formulados de manera expresa. Creemos que esas interferencias se presentan, la mayor parte de las veces, de modo indirecto; pero no menos comprometedor, pues supone su complacencia o inacción.

Desde esta perspectiva, debe prestarse mucha atención, tanto en el plano legislativo como -y sobre todo- en el de la actividad diaria, o las relaciones del M. P. con la Policía. instrumento poderoso del Poder Ejecutivo. La falta de personal capacitado y de medios materiales puede poner al M. P. a merced de la Policía (auxiliar indispensable); en particular, por ejemplo, en las etapas iniciales de la represión de los delitos.

De otro lado, medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo, como la de trasladar a Lima (Isla Prisión del Frontón) a todos los detenidos (sospechosos de actos terroristas), sin la autorización del Poder Judicial, implica poner al M. P. frente a una situación de hecho que condiciona su actividad. Tal tipo de traslado comporta una transferencia de competencia, la cual puede ser solicitada -como medida excepcional- por el F. P. de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso.

Las conversaciones, contactos, mediaciones y otros medios adoptados para regularizar tal injerencia pueden ser medios convenientes para evitar un problema político; pero no es el proceder idóneo para fortalecer al M. P. y las demás instituciones. Esta descoordinación, grave en caso de lucha contra el terrorismo, se ha revelado cuando el F. N. tomó la iniciativa de proponer a los responsables del movimiento subversivo que iniciasen conversaciones con él.

7. AUTONOMÍA INTERNA DEL MINISTERIO PÚBLICO. INSTRUCCIONES DE SUPERIORES

La Constitución contiene referencias claras hacia la autonomía o independencia externa o interna del Poder Judicial. En relación con la primera, se estatuye, como garantía de la administración de justicia, "la independencia en su ejercicio. Ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir el ejercicio de sus funciones" (art. 233, inc. 2). En cuanto a la autonomía interna, se establece que el Estado garantiza a los Magistrados Judiciales: "Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley". Respecto al M. P., en la Constitución se dispone, como lo hemos visto antes, que es autónomo (art. 250). No contiene, por el contrario, norma expresa sobre la autonomía interna de los miembros del M. P. Sin embargo, en ella se declara que éstos "tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías" (art. 251, pfo. penúltimo). De allí, que se haya estatuido, en el art. 5 de la L. O. M. P., que "los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que consideren más arreglada a los fines de su institución".

Fiscales y Magistrados judiciales están jerárquicamente integrados en distintos cuerpos unitarios. Sin referimos al hecho que la jurisprudencia no obliga a los jueces, en ambos organismos, las directivas o mandatos que los superiores dictan obligan a los inferiores. Lo que resuelvan las instancias judiciales superiores es obligatorio Para los inferiores. Cuando se

reconoce a los jueces facultad decisoria sobre el fondo o respecto a la manera de conducir un trámite o investigación, su autonomía es total (Const. art. 233, inc. 2). Los superiores sólo pueden confirmar o revocar las resoluciones que dicten señalando las pautas a seguir para corregir vicios, si lo hubieran. Ningún magistrado de mayor jerarquía puede instruir a un inferior sobre la manera de resolver o tratar un asunto determinado; sin que esto signifique que los órganos superiores no tengan la obligación de preocuparse e intervenir, llegado el caso, para lograr una mejor y más eficaz administración de justicia.

En relación con el M. P. parece haberse extraído conclusiones diferentes de la expresión constitucional de que el M. P. está "Jerárquicamente organizado". Así, en el art. 5 de la L. O. M. P. se estatuye, luego de reconocer la autonomía de los fiscales en el ejercicio de sus atribuciones, que "deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores", en razón a que forman parte de un cuerpo jerárquicamente organizado.

Esta regla no debe ser comprendida de manera que elimine la autonomía interna reconocida en el mismo dispositivo citado, y que se encuentra subyacente en diversos artículos de esta L. O. M.P. Sobre todo, no debe olvidarse que en la Constitución se buscó dar a los miembros del M. P. la misma condición que a los del Poder Judicial. Por eso se dispuso, recordémoslo una vez más, que "tienen las mismas prerrogativas" (art. 251, pf. penúltimo). Al otorgárselas amplias facultades, aun en relación con el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, tenía que reconocérselas como verdaderos magistrados de amparo y consulta, autónomos externa e internamente. La verticalidad es un factor que puede conducir a la desnaturalización de la Institución.

Tampoco debe dar pie para admitir, dentro del M. P., una rígida dependencia de sus miembros, el hecho de que se haya establecido que la autoridad del F. N. "se extiende a todos los funcionarios que lo integran, cualesquiera que sean su categoría y actividad funcional] especializadas (L. O. M. P. art. 64). La autoridad a que se hace referencia no debe ser entendida de modo que los demás fiscales sólo actúan en representación, delegación y cumpliendo las instrucciones obligatorias del F. N. Este centralismo y unidad del M. P. no son admitidos en nuestro ordenamiento constitucional. Diferente es la situación, como ya lo hemos señalado antes, en sistemas como el francés. La autonomía reconocida a los fiscales en Francia es la de expresar libremente sus criterios personales en la audiencia, aun en sentido contrario a su dictamen escrito, elaborado conforme a las instrucciones obligatorias de sus superiores. De allí, el proverbio clásico "la pluma es servil, pero la palabra es libre" (Bouzat 1963, p. 142; Rassat, p. 120).

En España se ha discutido, largamente, sobre la conveniencia de tal tipo de dependencia. El punto de partida era, en particular, el art. 87 del Reglamento orgánico del Ministerio Fiscal (27. 2. 69). En éste, se establecía, por ejemplo, que el Fiscal del Tribunal Supremo puede "dar a los funcionarios del Ministerio Fiscal por conducto de sus jefes inmediatos, o directamente en caso de urgencia, y por escrito o verbalmente, las órdenes que estime convenientes en cuanto al cumplimiento de las funciones... modo de realizarlas, ejercicio de las acciones que en cada caso procedan y peticiones concretas que hayan de hacerse en los procedimientos que intervengan". Si entre nosotros, se creyese que hasta estos extremos alcanza la autoridad del F. N., en especial, y de los demás en relación con los inferiores, escasísimo sería el margen de autonomía interna de los fiscales, reconocida en el art. 5 de la L. O. M. P. y amparada en la igualdad de prerrogativas con los miembros del Poder Judicial (consagrada en la Constitución: art. 251). La situación sería aún más grave por no reconocerse expresamente al fiscal inferior la facultad de observar o cuestionar las órdenes o instrucciones del superior; como lo hace con relación a las exhortaciones del Ministro de Justicia. La fuerza del M. P. no depende de la centralización y obediencia jerárquica, sino del responsable cumplimiento de sus

atribuciones en una amplia autonomía interna. La dependencia jerárquica diluye responsabilidades y no es apropiada a un sistema pluralista y democrático.

No está, por tanto, dentro de las facultades del F. N. ordenar, directamente y menos por intermedio de un funcionario administrativo, que los fiscales deben "en todos los casos de terrorismo, así como en los de narcotráfico, en los que intervenga (n)... de oficio, apelar de todas las Resoluciones que dispongan la libertad de alguno o de todos los implicados, oponiéndose legal y fundamentalmente(sic) a las mismas" (Of. Circ. 728-81-MP-DJ).

Cada fiscal es responsable de sus actos, no el simple ejecutor -sin libertad de apreciación- de órdenes superiores. Estas son previstas en la ley respecto a los casos concretos. Cosa diferente son las directivas por las que el F. N. da a conocer los lineamientos de la actividad general del M. P. en cada uno de los dominios en que interviene.

Dicha autonomía y responsabilidad han sido supuestas por el legislador cuando establece la presión del fiscal "que emitiera dictámenes manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley o que citare resoluciones o hechos falsos o que se apoyare en leyes supuestas o derogadas" (art. 354 C. P.).

El F. N. por propia iniciativa o de acuerdo con la Junta de Fiscales Supremos (sus pares), debe dictar instrucciones generales y especiales sobre la interpretación y aplicación de las leyes, la manera y alcances de la intervención de los fiscales; con el objeto de lograr y conservar una homogeneidad en la acción e interpretación. El F. N., como los demás fiscales, puede llamar a los de rango inferior para orientarlos o solicitarles información sobre la manera como están procediendo en relación con un caso o a cierto tipo de asuntos. Pero no podrá obligarlos a actuar de un modo determinado. La L. O. M. P. señala, actualmente, los casos en que se darán instrucciones. El reglamento que se dicte deberá precisarlas mejor.

En esta perspectiva se aprecia, en todos sus alcances, la afirmación de Ibanez García-Velasco (1966, p. 135), de que "todas las razones abundan en contra de la unidad fiscal y en favor de crear en su lugar un cuerpo asimilado en este sentido al Judicial y con idénticos motivos por lo que para estos se ha mantenido y buscado la independencia, ya que la diferencia entre uno y otro cuerpo es puramente de alcance y no de calidad".

8. INAMOVILIDAD EN EL CARGO

Una consecuencia directa del estatus reconocido en la Constitución y en la ley a los miembros del M.

P. es la inamovilidad en sus cargos. Ellos no pueden ser separados ni suspendidos sino por alguna de las causas previstas en la L. O. M. P. o en su Reglamento, siempre con la garantía de ejercer su defensa (art. 58). Además, sólo pueden ser trasladados, cualquiera sea la causa, a su solicitud o con su anuencia (art. 59). La sumisión jerárquica sólo debe alcanzar a lo disciplinario, pero no a lo puramente funcional. No se puede poner al fiscal disconforme con la instrucción superior en el trance de escoger entre la renuncia o el traslado o la obediencia ciega (Cf. Alcalá-Zainora Castillo 1934, p.9).

La inamovilidad es una prerrogativa de la que también gozan los magistrados judiciales. La Constitución (art. 242, inc. 2) establece que "los Magistrados no pueden ser ascendidos ni trasladados sin su consentimiento". Esta prerrogativa no significa que el funcionario no puede ser separado del caso en que interviene al sobrevenir un impedimento o por la negligencia o irregularidad doloso en el ejercicio de sus funciones. Mientras no se presente una de estas circunstancias, el fiscal debe seguir conociendo el caso. Esto constituye una verdadera garantía del procesado que tiene el mismo sentido que la del Juez natural. Por eso la misma ley ha establecido los casos en que procede tal remoción; por ejemplo, faculta al F. Sup. para "separar del proceso al F. P. que participó en la investigación policial o en la instrucción si, a su juicio,

actuó con dolo o culpa, y designar al Fiscal titular o adjunto que debe reemplazarlo" (art. 92, inc. 3).

A lo máximo que se llega, en la L. O. M. P. (art. 28), es a establecer que "en los casos en que, a juicio del F. N., debidamente fundado. Si fuere necesario reemplazar a un fiscal que está reemplazando provisionalmente a otro de mayor jerarquía, hará los llamamientos sucesivos que correspondan", observando las normas del art. 27. Como según esta disposición, el llamado es el más antiguo del grado inferior, consideramos que la separación del designado no puede ser establecida por cuestiones puramente funcionales (ejercicio de atribuciones realizado conforme a una interpretación de la ley o de los hechos). Lo mismo sucede con relación al Fiscal Adjunto que reemplaza al F. P. titular, ya que asume el cargo plenamente. Diferente es la situación, cuando el Fiscal Adjunto obra como un auxiliar o comisionado del titular. Caso en el que debe atenerse a las instrucciones que le dé el titular. Si no las cumple, puede ser reemplazado.

La inamovilidad en el cargo y la continuación en el conocimiento de los procesos se ven reforzados y garantizados por el control interno que ha establecido la misma ley. Control permanente ejercido tanto con ocasión del ejercicio de las funciones como por las quejas que procesados, agraviados, interesados, magistrados y funcionarios pueden interponer contra los representantes del M. P. Las sanciones disciplinarias son impuestas por el mismo M. P.; principalmente, mediante la Junta de Fiscales Supremos, El Poder Judicial ya no tiene facultad disciplinaria sobre los miembros del M. P. Si sus órganos detectan incorrecciones o irregularidades delictivas en el actuar de alguno de ellos deberán quejarlo o denunciarlo ante el superior jerárquico o ante el F. N. para los fines consiguientes. En la L. O. M. P. no se ha regulado expresamente, esta situación; tal vez, con la idea que debería hacerse en la L. O. P. J. o en el C. P. P.

En nuestra opinión, *mutatis mutandis*, los jueces instructores tienen, por ejemplo, la misma facultad que los Fiscales Provinciales de Poner en conocimiento del F. Sup. la parcialidad manifiesta o la culpa inexcusable en que éstos incurran (art. 94, inc. 3). También puede denunciar o quejar ante el F.

N. a un miembro del M. P. (art. 66, inc. 5).

Esta nueva peculiaridad de las relaciones con el Poder Judicial tiende a reforzar la autonomía externa e interna del M. P.

9. MINISTERIO PÚBLICO DEFENSOR DE LA LEGALIDAD Y DEL PUEBLO

El M. P. requiere de autonomía externa e interna, sobre todo, porque no sólo interviene en la administración de justicia, sino que desempeña también el rol de defensor de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos; de observador atento de la independencia de los órganos judiciales; de defensor del pueblo ante la administración de justicia; y representante de la sociedad en juicio. La necesidad de su existencia y la importancia de su actividad no pueden ser apreciadas desde una perspectiva puramente procesalista en el campo de la administración de justicia. Anteriormente, hemos tenido la oportunidad de destacar su carácter multifacético.

Aquí reside el aspecto más importante del nuevo M. P., antes limitado casi únicamente a su rol de requeriente y consultor en la justicia penal. El marco de esta nueva esfera de actividades del M. P. está -dado por la Constitución. El dominio en el que se le reconoce mayor autonomía para intervenir y tomar medidas directas es el de la defensa de los derechos de la persona o del ciudadano y el de la defensa del pueblo ante la administración pública (art. 66, incs. 7 y 9). Pero, no se debe olvidar que la Constitución no hace del M. P. una instancia jurisdiccional; es decir, de resolución de conflictos

administrando justicia. De allí que, respecto a la legalidad, a los derechos ciudadanos y a los intereses públicos, el art. 250 inc. 1, estatuye que el M. P. debe "promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia"; cuya administración es potestad única del Poder Judicial (art. 232 Const.).

Es así como, en la L. O. M. P., se atribuye al F. N. la función de defensor de la constitucionalidad de normas legales y de actos de la administración pública. Además, el de receptor de quejas de cualquier persona o institución contra actos concretos de dicha administración, e investigador de su veracidad con el objeto de poner fin a la situación injusta creada (art. 67 y ss). De esta manera, se introduce en nuestro medio la institución del ombudsman sueco. Institución que se difunde, desde las primeras décadas de este siglo, en un gran número de países. El ombudsman sueco no es, en su origen, sino un agente de la Asamblea parlamentaria encargada de asegurar, en su nombre, el control permanente de los servicios administrativos y judiciales. Su organización y competencia se ha desarrollado; pero, permanece el carácter parlamentario de este control (Barbet 1975, p. 232). Las características adquiridas por el ombudsman en otros países se deben a las peculiaridades nacionales. El Parliamentary Commissioner, inglés, y el Médiateur, francés, son diferentes a su modelo original y aun opuestos en algunos aspectos. Si en Suecia no era extraño que el ombudsman ejerciere una labor sobre las actividades jurisdiccionales y que su labor investigadora se extendiese a todas las autoridades, en Inglaterra y, sobre todo, en Francia resulta chocante que las decisiones definitivas adoptadas por órganos jurisdiccionales pudieran ser revisadas y cuestionadas por un órgano elegido por el Parlamento o el Poder Ejecutivo.

La ausencia de un sistema jurisdiccional contencioso-administrativo, en Inglaterra, ha sido condición indispensable para el éxito del Parliamentary Commissioner. Por el contrario, su larga existencia y amplio desarrollo, en Francia, ha obligado a recepcionar cuidadosamente la institución del Ombudsman. Así, en la ley del 3 de enero de 1973 que instituye el Médiateur, se ha tenido mucho cuidado en no dar lugar a que ejerza un control sobre los órganos jurisdiccionales ni que interfiera en la justicia administrativa. Su campo de acción está circunscrito a situaciones particulares, para las que la ley da una solución general; que requieren, sin embargo, la intervención equitativa de una autoridad que invite a la administración a adoptar una solución favorable que no se la impone la ley, pero que satisface las exigencias de una sana administración. Así mismo, a los casos en que el sistema contencioso-administrativo se muestra impotente; por ejemplo, respecto a la oportunidad de las decisiones administrativas. De la misma manera, en los casos de control y vigilancia de la actividad policial y de la ejecución de penas privativas de libertad (Ver: Barbet 1975, p. 233-241).

Entre nosotros, la L. O. M. P. no es lo suficientemente clara. Sus imprecisiones son debidas, en buena parte, a un manejo inadecuado de modelos legales extranjeros: Proyecto de Ley del Comisionado Parlamentario de Canadá (1974), Proyecto del Ombudsman de Alberta (1967), Ley del Ombudsman de Hawai (1967) y Proyecto de ley orgánica del Defensor del Pueblo (España. 1979). Lo que aparece evidente es que atribuye al F. N. la función de investigar la actividad perjudicial, dañosa del órgano administrativo o funcionario público quejado; y de pedir, llegado el caso y según su naturaleza, el cese de tal situación y el castigo del responsable. El objetivo es proteger cada vez mejor a las personas de los actos perjudiciales de toda la administración pública. Sin embargo, no puede ser aprovechada para interferir en la actividad jurisdiccional o restringir la autonomía del Poder Judicial. Por ejemplo, el control disciplinario de los magistrados corresponde, en primer lugar, al mismo Poder Judicial. El M. P. puede, por los canales pertinentes, poner en conocimiento de la Corte Suprema la queja planteada contra un Juez para que proceda a iniciar el proceso disciplinario, de acuerdo con las disposiciones vigentes (Reglamento del Organismo de Control Interno del Poder Judicial), La duplicidad de estos procesos resulta, en todo sentido, perjudicial; por esta misma razón, el Poder Judicial ya no tiene facultad disciplinaria sobre los representantes del M. P.

10. MINISTERIO PÚBLICO Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

De lo que hemos expuesto y con relación a la administración de justicia, el M. P. tiene, fundamentalmente, una doble función. La primera, es externa al Poder Judicial, y consiste en velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia (Const. art. 250, inc. 2; L. O. M. P., art. 69). "segunda, es interna, y consiste en promover la acción de la justicia, representar en juicio a la sociedad e ilustrar a los órganos jurisdiccionales mediante dictamen previo a sus resoluciones. Se trata, entonces, de un órgano requeriente y consultivo. No es meramente una parte en los procesos en que interviene; aunque pueda atribuírsele, desde un punto de vista procesal y en algunos casos, tal calidad. En realidad, la noción tradicional de "parte" es -en el proceso penal-- difícilmente aplicable al M. P.; sobre todo, teniendo en cuenta que nuestro sistema procesal no es como el anglosajón. En éste, de índole acusatorio, el acusado y el acusador son "partes con derechos iguales". No es el caso entre nosotros, donde tal igualdad no es sino una ficción jurídica.

El M. P. tiene una misión superior a la de ser parte en el proceso. En cierta manera, y sobre todo en el ámbito penal, es un componente de los órganos jurisdiccionales. M. P. y Poder Judicial buscan hacer justicia, aplicar el derecho equidistante de los intereses que mueven a las partes. Aun cuando el M. P. actúa en defensa de los intereses tutelados por la ley, promoviendo la acción de la justicia, busca el mantenimiento de la constitucionalidad y de la legalidad. De allí que se haya pensado, con justa razón, que el M. P. participa de la "misma esencia de la función judicial que el magistrado realiza, aunque con distinto contenido". Por ello, no estarían descaminados quienes lo califican de "magistratura postulante" o de "magistratura especial con una posesión sui generis en el proceso" (Herrero Tejedor 1967, p. 439).

La intervención del M. P. en la administración de justicia se da en el campo penal, civil y contencioso- administrativo. No se contempla, por el contrario, su intervención en la jurisdicción laboral o agraria. Omisión sobre la que se debe reflexionar; sobre todo, por haberse unificado todos los fueros, excepto, el militar. Ya en el I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, se trató de este tema y se adoptaron conclusiones en el sentido de que "el fiscal es órgano del Estado al servicio de la justicia y forma parte de la jurisdicción laboral; en esta jurisdicción tiene como misión esencial la satisfacción del interés social, interviniendo para ello en cualquier trámite o instancia que sea necesario" (Herrero Tejedor 1967, p. 467).

11. MINISTERIO PÚBLICO Y POLICIA

a. Amplitud del control

De los dominios jurisdiccionales en que interviene el M. P., su rol es, sin duda, de mayor amplitud en el campo penal. En éste, su intervención no sólo comienza, conforme a la L. O. M. P., en la investigación del delito desde la etapa policial, sino desde "las acciones Policiales preventivas del delito" (art. 9, pf. 2).

La Policía es indispensable para mantener el orden interno, preservar Y conservar el orden público, garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad de las personas y los patrimonios público y privado, así como para prevenir y combatir la delincuencia (Const. art. 277). Por la importancia y magnitud de su actividad, la Policía adquiere un poder amplio que, debido a su naturaleza Y circunstancias en que se ejerce, sobrepasa los límites señalados en las leyes. Esta realidad ha sido comprobada empíricamente, en muchos países. Entre nosotros no se han realizado aún estudios de esta índole, sin embargo, la experiencia diaria ofrece múltiples indicios de que no estamos lejos de esa

realidad (Ver: Feest - Blakenburg 1972, p. 10).

La actividad policial de prevención y represión de la delincuencia debe ser inmediata, eficaz, organizada y conforme a las pautas científicas y legales. La rapidez y eficacia de su intervención, se logran, muchas veces, sacrificando algunos principios y dejando de lado los medios de investigación científica en favor de otros más expeditivos. El afán de dar con el responsable del delito crea en la Policía "una situación psicológica caracterizada por el deseo de obtener, cueste lo que cueste, un resultado positivo; por la ambición personal de conseguirlo; y por el descuido en respetar los límites fijados en la ley" (Peters 1963, p. 7). El control de esta actividad resulta muy difícil; sobre todo, debe ser efectuado por el Juez en base a un atestado y mucho tiempo después de producida. Resulta necesario, por el contrario, que sea efectuado sobre el lugar y de manera discreta. De ahí que se haya encomendado al M. P. esta función de vigilancia y, además, de intervención orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar.

b. Intervención en la investigación policial

El M. P. no tiene a su cargo las tareas directas de la investigación; tampoco la dirige. En otras palabras, no es el director de la investigación como lo es, por ejemplo, el juez instructor de la investigación judicial. El M. P. vigila e interviene tanto en una como en la otra. La investigación policial sigue, fundamentalmente, en manos de la Policía que es la directamente responsable. Por esto, la investigación policial no puede substituir a la investigación judicial, de ninguna manera. La barrera infranqueable es de orden constitucional. Según el art. 250, inc. 5, corresponde al M. P. "vigilar e intervenir en la investigación desde la etapa policial". No dirigir o tener a cargo la misma. La otra etapa es la judicial a cargo del juez instructor, conforme se desprende, de manera general, del hecho que la potestad de administrar justicia "se ejerce por los juzgados y tribunales" (Const. art. 232); y, de manera especial, de que todo detenido "debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado" (Const. art. 2, inc. 20, pf. g; Ley 23506, art. 12, inc. 10).

Por estas razones, resultan incompatibles con la Constitución las normas contenidas en el inciso 2 e inciso 4, pf. 4, del art. 92 de la L. O. M. P., en cuanto comportan despojar, al juez de la instrucción para que la complete la Policía, mediante una investigación orientada Por el F. P.

c. Relaciones del Ministerio Público y Policía. La Policía Judicial

La L. O. M. P. no establece una relación de dependencia de la Policía o de alguno de sus miembros para los efectos de la investigación de los delitos. Así lo hacía, por el contrario, el proyecto de la ley. En el art. 9 se decía: "La Policía de investigaciones del Perú depende de sus superiores jerárquicos en cuanto a su organización interna. Depende del Ministerio Público, sin perjuicio de su autonomía científica, iniciativa profesional y cumplimiento de los mandatos de autoridad competente, en cuanto se refiere a la investigación de delitos". Según la exposición de motivos de dicho proyecto, "no se trata, como sucede ahora, que un pequeño sector de la P. I. P., bajo el nombre de, Policía Judicial, pase bajo la dependencia del M. P. para sólo los efectos apuntados. Se quiere que toda ella, con sus laboratorios y equipos, con su personal especializado en pericias de todo género, adhiera al M. P., dejando siempre al sector llamado Policía Judicial, como auxiliar y dependiente de este Poder" (pág. 69).

De acuerdo con el C. P. P., la Policía Judicial tiene la función de auxiliar a la administración de justicia, investigando las infracciones, descubriendo a los responsables, para ponerlos en manos de los jueces, con los elementos de prueba y efectos que se hubiese incautado (art. 59).

Según la exposición de motivos del anteproyecto de 1939 del C. P. P. (Guzmán Ferrer, p. 127) se trata de una institución legal "de íntimo auxilio en el proceso de investigación". Respecto a la cual, "es preciso que del lado judicial como del de la policía se llegue a la

comprensión de que el juez instructor y el agente fiscal son los miembros de alta jerarquía en el cuerpo organizado de la Policía Judicial".

Pese a la necesidad de contar con una verdadera Policía Judicial y a la existencia de mandato legal para organizarla (art. 66 C. P. P.), no se ha realizado un intento serio para constituir la. Si bien no es la solución definitiva para controlar la actividad de la Policía "dependiente en derecho, pero todopoderosa en los hechos", (Grebing, p. 33), representa un paso adelante la creación de una Policía Judicial ("consagrada exclusivamente al descubrimiento y averiguación de los delitos y dependiente por completo de los jueces y fiscales a los que auxilia en esta labor": Fairen Guillén 1972, P. 19.1)

La solución adoptada en nuestro medio no es correcta; por cuanto, no existe en la realidad una Policía Judicial diferenciada de las demás Instituciones policiales. Su organización como cuerpo dependiente del Poder Judicial significaría una duplicidad inútil y fuera del alcance del presupuesto público.

Ni siquiera es recomendable desde la perspectiva de encargar, en el futuro, previa reforma constitucional, al M. P. la investigación del delito, la acumulación de pruebas y la sustentación directa de la acusación ante el órgano juzgador. Recordemos que este sistema ha sido fuertemente criticado en los países donde ha sido implantado. Por ejemplo, en Alemania Federal, se señala que "en la práctica la instrucción penal, a pesar de lo dispuesto en la ley, es llevada a cabo, sobre todo, por la policía y no por el Ministerio Público" (Molinari 1979, p. 222). Peters (1963, p. 81) indica, como una de las causas de esta situación, a la organización de la Policía; la misma que está mejor preparada, personal y materialmente, para investigar. Esto es cierto, en la medida que el M. P. no es concebido como un órgano ejecutivo, sino más bien orientador y controlador. Se trataría de "una cabeza sin manos". Por esto, resulta indispensable dotarlo de un cuerpo policial especializado; el mismo que, aún permaneciendo integrado a la Policía, esté a sus órdenes, cuando deba cumplir actos propios a su función. En estos casos, el agente policial respondería sólo ante el fiscal que le imparte la orden; sin que el cumplimiento de ésta pueda hacerse depender de los mandos superiores de la Policía. Adoptar esta solución supone, primero, vencer las resistencias internas de los cuerpos policiales; y, segundo, proporcionar a los fiscales la formación adecuada. De otra parte, su realización no comportaría las cargas económicas que son necesarias para organizar "una Policía del M. P.". Establecer esta relación de dependencia con toda la institución policial, como se pretendía hacerlo en el art. 9 del proyecto, resulta impracticable y destinada al fracaso, además de inaceptable para sus miembros.

En todo caso, señalemos una vez más, que para hacer del M. P. un órgano investigador y acusador, sustituto del Juez instructor, es necesario modificar la Constitución, que sólo le reconoce funciones de orientación y de control.

d. Atestado policial y eficacia de la investigación policial

En la Constitución se nota la falta de una concepción global de Política Criminal, en general; y, en particular, del proceso penal. En las disposiciones pertinentes se revela una preocupación pragmática, no siempre correctamente orientada, sobre determinados problemas. Uno de estos es el constante cuestionamiento del atestado, resultado de la investigación policial.

En lugar de cuestionar su existencia, de plantearse su reemplazo por la investigación a cargo del M. P.; o, por último, de someterla al real control del Juez, los constituyentes consagraron su permanencia y buscaron su legitimación mediante la intervención y vigilancia del M. P.

Para esto resulta indispensable que el M. P. conozca de todas las investigaciones

policiales; que se de la intervención del abogado defensor desde esta etapa, asegurada y controlada por el M. P.; y, por último, que el M. P., como titular de la acción penal, tamice los casos investigados policialmente antes de formalizar la denuncia ante el juez (L. O. M. P. arts. 9, 10, 94 incs. 1 y 2).

La vigilancia de las investigaciones policiales dependerá del personal y medios materiales con que se dote al M. P. Al respecto y con el fin de apreciar, debidamente, las dificultades existentes, es de tener en cuenta dos situaciones. En primer lugar, cuando el agraviado, por ejemplo, recurre directamente al representante del M. P. para denunciar el hecho. En este caso, el F. P. puede abrir investigación policial para reunir la prueba. Como no puede dictar medidas coercitivas contra el sospechoso y como, en caso de ser detenido por la Policía (conforme a sus facultades), debe ser puesto normalmente dentro de las 24 horas en poder del juez, dicha investigación debe ser, de manera general, de breve duración.

En segundo lugar, la Policía llega a conocer directamente del asunto a pedido del agraviado o interesado o debido a su propia iniciativa. Esto es lo más frecuente, debido a su proximidad y número. En estos casos, puede existir o no alguna persona detenida. La Policía debe siempre poner en conocimiento del M. P., cualesquiera sean las circunstancias, el inicio de la investigación respectiva. Difícilmente imaginamos, como el M. P. pueda, con los limitados recursos que cuenta, dirigir y controlar eficazmente dichas investigaciones a fin de que signifique algo más que una simple denuncia de necesaria comprobación en la investigación judicial.

Los alcances de esta investigación policial, de la intervención del M. P. y del rol del juez instructor, se debe apreciar teniendo en cuenta que "recibida la denuncia (aun del M. P.), el juez instructor para cualificarla, podrá de oficio practicar diligencias previas dentro de los diez primeros días de recibida la misma" (art. 77 C. P. P.).

Una verdadera limitación de la actividad policial es el hecho que el M. P. es el titular de la acción, penal. Es decir que ni la Policía ni cualquier otro puede denunciar un hecho ante el juez. De esta manera, se deja de considerar al atestado policial como una denuncia. Esta es formulada, en realidad, por el fiscal, en base a lo actuado durante la breve investigación policial - 1. La Policía no es sino un instrumento del M. P. Su actividad forma parte del M. P. Por este motivo, la ley (art. 11) estatuye que el M. P. ejercita la acción penal pública "de oficio, a instancia de parte agraviada o por acción popular".

12. EL MINISTERIO PÚBLICO TITULAR DE LA ACCIÓN PENAL

Hasta antes del funcionamiento del nuevo M. P., la Policía era la intermediaria en la gran mayoría de los casos, entre los interesados y el juez instructor. A pesar que el C. P. P. (art. 75) estatúa que los representantes del M. P., las autoridades políticas, los miembros de la Policía y, por supuesto, los agraviados, podían denunciar la comisión de delitos ante el Juez instructor, éste no se convirtió en el receptor inmediato de las denuncias. Debido a factores estructurales, la Policía asumió dicho rol. Los jueces instructores llegaron, en contra de la ley y en perjuicio de sus prerrogativas, a no avocarse inmediatamente al conocimiento de las denuncias formuladas directamente ante ellos y, por el contrario, a remitirlas a la Policía para que realice una investigación previa. Ha habido casos, no raros desgraciadamente, en que los jueces devolvían los atestados para que fueran ampliados. Consecuencia negativa y directa de esta anómala situación, fue la detención prolongada de sospechosos en manos de la Policía sin respaldo del mandato judicial respectivo. Sin embargo, es de reconocer, un aspecto positivo: la intervención previa de la Policía servía de tamiz que facilitaba el labor del juez.

Concedores de esta realidad, los constituyentes consagraron la investigación policial previa (sometida al control e intervención del M. P., como lo hemos visto antes) e instituyeron el M. P. como titular del ejercicio público de la acción penal.

De acuerdo con lo primero, se ha modificado el art. 62 del C. P. P., en el sentido que "la investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del M. P., constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad" (D. Leg, 126). Mediante el segundo, se ha puesto en manos del funcionario competente el control de las denuncias penales. Control materializado, en primer lugar, por la calificación previa del hecho y, en segundo lugar, por el acopio de la prueba mínima respecto a la veracidad de la denuncia.

Para comprender, en este aspecto, la función del M. P., es de tener en cuenta que rige en nuestro ordenamiento procesal penal el principio de la obligatoriedad de la acción penal. Es decir, que el M.P. debe ejercitarla en todos los casos en que llegue a su conocimiento, de cualquier manera, la realización de un delito. Es suficiente que el hecho conocido o denunciado reúna las características de una figura delictiva, y que existan elementos mínimos referentes a su ejecución. No es necesario, por el contrario, que se tenga la seguridad plena de la naturaleza delictiva del hecho y se conozca a los responsables. La comprobación de esto es materia, precisamente, de la investigación judicial.

En el ejercicio de la acción penal, es de distinguir, primero, el momento inicial; en el que se promueve la puesta en marcha de la maquinaria judicial. En segundo lugar, las diversas ocasiones en que el M.

P. interviene en el proceso con el fin de esclarecer el hecho y la responsabilidad del procesado. Aquí, nos hemos venido ocupando solo del primero; respecto al cual, se debe, igualmente, distinguir dos aspectos. Según la ley (art. 94, inc. 2 L. O. M. P.), el F. P. debe apreciar, primero, si la denuncia es procedente. Dos elementos son decisivos para esta apreciación: uno legal, la acción denunciada debe corresponder a una de las acciones previstas en la ley penal; el otro material, la probabilidad de que dicha acción se haya realizado del modo como el denunciante lo sostiene. Si aparece como inverosímil su ejecución o como mal intencionada o gratuita la imputación, el F. P. no formalizará la denuncia. La similitud con la labor inicial del Juez Instructor, sobre todo antes de la dación de la L. O.

M. P., resulta indudable. Luego que el F. P. considera procedente la denuncia, la ley le coloca en la disyuntiva de reunir -Mediante investigación policial- "la prueba indispensable", o de formalizarla - directamente- ante el juez (art. 94, inc. 2). Estamos nuevamente ante un paralelismo con la actividad del juez instructor, en la medida que se reconoce a éste la facultad de practicar -de oficio- diligencias previas para calificar la denuncia (art. 77 C. P. P.). Esta duplicidad no se justifica actualmente.

Cuando se declara que el M. P. es titular de la acción penal pública (art. 11 L. O. M. P.) y se le reconoce la facultad de apreciar la procedencia de la denuncia, no se le está dando la potestad de apreciar los elementos individuales y sociales del caso, evidentemente típico, para decidir si es oportuno o no ejercitar la acción penal. De la misma manera, tampoco podrá desistirse de la acción penal por dichas razones; como por ejemplo, la mínima importancia del perjuicio social producido, los móviles honorables que han impulsado al delincuente, al grave daño sufrido en su persona por el actocometido, etc. Diferente es la situación legal en Francia (art. 40, inc. 2, C. P. P.) y en Italia (art. 74 C. P. P.).

Las mismas consecuencias son de deducir de lo dispuesto en el inc. 10 del art. 95. Según esta norma, el F. P. ejercitará la acción penal cuando el juez civil ponga en su conocimiento los indicios de un delito cometido en la substanciación de un procedimiento.

El M. P. debe ejercitar la acción; reconocerle mayores facultades significaría

investirle de una facultad de decisión que constitucionalmente no le pertenece. De otro lado, la obligatoriedad de la acción penal supone la pretensión que toda acción penalmente relevante sea de conocimiento del M. P. (Bonelli 1974, p. 108). He aquí una vez más, comprobado que el M. P. es, en uno de sus aspectos, sólo órgano de acción y no de decisión (Grevi 1974, p. 89). Originalmente, el principio de obligatoriedad fue reflejo de la garantía de que "todos son iguales ante la ley". Esta garantía podía ser lesionada por la discrecionalidad del M. P. Este sólo está sometido a la ley en el ejercicio de la acción penal (Zagrebelky 1979, P. 5).

En nuestro ordenamiento jurídico, no se ha admitido, sin embargo, que el M. P. deba someter, siempre, a conocimiento del Juez su decisión respecto a las denuncias; sólo lo hará cuando la considere procedente; lo que no significa, de otro lado, que su opinión obligue al juez. Este es el único que decidirá, autónoma y responsablemente, sobre la apertura de la instrucción (art. 77. C. P. P.).

En la exposición de motivos de la ley estudiada (p. 72), parece sostenerse una idea diferente. Allí, se dice que, formalizada la denuncia por el F. P., el juez instructor "debe abrir instrucción, cuya prueba recae en el M. P.". Esto implicaría que el juez sólo sería un instrumento del fiscal, de la misma manera que la Policía. Ni la constitución, ni el Código de Procedimientos Penales y tampoco la L. O. M. P. contienen disposiciones que reflejen esta concepción.

Si el representante del M. P. estima improcedente la denuncia presentada ante él o ante la Policía, el denunciante puede recurrir en queja ante el inmediato superior "con cuya decisión termina el procedimiento" (arts. 12 y 94 inc. 2, L. O. M. P.) (Ver: Foschini 1961, p. 250). De la misma manera como el juez no puede más obligar al fiscal a acusar, tampoco éste puede obligar a aquél a abrir instrucción. En estos casos, el F. P. sólo podrá insistir en base a nuevos elementos; o recurrir a las instancias superiores si considera que el juez procede, intencional o culposamente, en contra de sus obligaciones. En la práctica, se han dado casos en los que algunos fiscales -comprendiendo mal sus funciones- han tratado de imponer su punto de vista al juez. Ambos magistrados cumplen autónomamente sus funciones.

La no instauración del control judicial constituye una confirmación de la autonomía del M. P. Justamente, la autonomía interna del M. P. no hace chocante la solución adoptada. La situación es diferente cuando el M. P. es monocrático y vertical.

En este caso, sí resulta una aberración jurídica la admisión de que el M. P. decida sobre la acción penal, "por sí y ante sí, como juez irrecurrible, inapelable e irresponsable" (Castro 1978, p. 174).

En la exposición de motivos de la ley (p. 81), no se explica con claridad el titularato del M. P. respecto al ejercicio de la acción penal. Se deben tener en cuenta los diferentes aspectos que hemos señalado en este acápite (p. 54); sobre todo, el referente a la distinción entre la intervención del F. P. para promover el inicio del proceso penal y aquella que tiene lugar durante el proceso, la misma que se manifiesta -de manera importante, pero no únicamente en la actuación de las pruebas. Además, relevemos que al M. P. no tiene, según dicha exposición de motivos (p. 82) el monopolio del ejercicio de la acción penal; pues el juez instructor también podría abrir instrucción de oficio. Esto explicaría la manera como ha sido modificado el art. 75 del C. P. P., mediante el art. 107 de la L. O. M. P.

13. FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA TOMAR MEDIDAS COERCITIVAS

El poder del M. P. para tomar medidas coercitivas está limitado por la naturaleza y la duración de su intervención en la investigación policial. Es evidente que sin la facultad de ejercer algunas de dichas medidas, no podría el M. P. cumplir con sus fines, tanto en el campo

penal como en todos los demás. La misma L. O. M. P. las señala implícita o expresamente. De otra manera, no se comprendería como cumplirá con las investigaciones indicadas en los arts. 92, inc. 4 y 94 inc. 2.

El M. P. no puede ordenar la detención de alguien, disponer el allanamiento de un domicilio, ni disponer la apertura, incautación o intercepción de su correspondencia. A lo más, puede solicitar la aplicación de estas medidas al Juez, único capaz de ordenarlas mediante mandamiento motivado. En cuanto a la detención y al registro e ingreso a domicilio privado, se permiten, excepcionalmente, en caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración (Const. art. 2 incs. 7, 8 y 20 pf. g). Estas reglas constitucionales fueron repetidas en el art. 10 del proyecto de la L. O. M. P., no conservado en el texto definitivo.

La puesta en conocimiento de la detención de una persona por parte de la Policía al M. P., nolegítima dicha detención; aun cuando el M. P. continúe interviniendo en la investigación policial. El detenido debe ser puesto a disposición del juez dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, en caso de delitos que no sean los de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En estos casos, la detención puede durar hasta 15 días; pero el juez puede asumir jurisdicción antes de vencido el término. Dentro de estos términos, el M. P. debe disponer su libertad si no considera procedente la denuncia.

Este criterio ha sido reafirmado por la ley 23506 (art. 12, inc. 10) que enumera los casos en que procede la acción de habeas corpus. Entre ellos, se señala la violación de las reglas que hemos mencionado. Para evitar perjuicios a la libertad individual, se ha restringido la potestad del juez para dictar la detención provisional. La ley 23612, señala los casos en que procede dictarla, y, además, indica que el juez debe consignar, en forma precisa, "la motivación y los fundamentos". Si éstos no son expresados, el inculpado puede quejarse ante el Tribunal Correccional, quien se pronunciará "sin necesidad de la vista del Fiscal".

Sólo el juez es el llamado a tomar la medida (detención provisional o comparecencia) de acuerdo con la evaluación definitiva que haga del hecho que da lugar al ejercicio de la acción penal. De otro lado, el juez tampoco puede autorizar que continúe detenido el sospechoso para profundizar la investigación policial, como a veces lo solicita el representante del M. P. En el primer caso, el M. P. ejercería una función propia del juez; y, en el segundo, éste se abstendría ilegalmente de conocer el asunto. En medio de todo esto, se encuentra la garantía de los derechos fundamentales de la persona. Sobre el particular, no olvidemos que el F. P. en lo penal, al ser informado de la detención policial de una persona, tomará contacto con él para asegurar su "derecho de defensa" y "los demás, según le reconocen la Constitución y las leyes" (art. 10 L. O. M. P.). Entre éstos, se encuentran los de inviolabilidad de domicilio y de correspondencia y el de no ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez (salvo por la Policía en flagrante delito) (Ver: Zagrebelzy, p. 196). Buen ejemplo de los alcances del poder del M. P., en este dominio, lo constituye el hecho que no puede ordenar, durante la investigación policial, el reconocimiento del cadáver y su necropsia en caso de muerte sospechosa. Sólo puede pedir que el juez instructor lo ordene (art. 95, inc. 5 L. O. M. P.).

En algunas legislaciones extranjeras, se otorga al M. P. ciertas facultades para adoptar algunas medidas coercitivas (por ej. Francia, art. 41 Code de procédure pénale). En nuestro país, se hizo un intento en la misma dirección. Conforme al anteproyecto de ley orgánica del sistema de defensa judicial del Estado (Comisión de Reforma Judicial. Diciembre de 1976), los Procuradores en lo penal podían disponer la detención preventiva del imputado hasta por tres días, su radicación local, su impedimento de salir del país y el

embargo de sus bienes (art. 327) y la incautación de los objetos e instrumentos relacionados con el delito (art. 328).

14. INTERVENCIÓN Y VIGILANCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL. LA CARGA DE LA PRUEBA

La intervención del M. P. en la investigación judicial (instrucción) se realiza, principalmente, con el cumplimiento de la obligación de probar los cargos formulados en su denuncia. El art. 14 de la L. O.

M. P. expresa que la carga de la prueba recae sobre el M. P. No se trata sino de una manifestación de su rol de titular de la acción penal pública. Por el contrario, no implica una inversión de la prueba; en el sentido de que el juez penal nada tendría que hacer sino sólo el titular del ejercicio público o privado de la acción penal.

De acuerdo con la exposición de motivos de la L. O. M. P. (p. 71), la labor del M. P. -en la búsqueda de elementos probatorios- debería liberar al juez instructor de la mayor parte de su trabajo, con el fin de que amplíe su rol de juez de fallo a muchos otros casos. Estos deseos del autor de la ley no se han materializado en sus disposiciones ni siquiera en la medida expresada en dicha exposición de motivos: "un poco a la manera norteamericana". Ya hemos tenido oportunidad, de decir que tal sistema "deseado" no es compatible con la Constitución; y que es, así mismo, contrario al sistema de la ley procesal no modificada en esta parte.

Hay que afirmar que sobre el M. P. recae la carga de la prueba no significa reconocer que es su monopolio. Tampoco implica modificar la regla de que "la instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito", (art. 77 C. P. P.) y de que "el juez instructor es el director de la instrucción" correspondiéndole "la iniciativa en la organización y desarrollo de ella" (art. 49 C. P. P.). El F. P. indicará, al formalizar la denuncia, "la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente" (art. 92, inc. 2, pf. 1 in fine). Es al juez a quien corresponde admitirlas, determinar la oportunidad y circunstancias de su actuación; así como, designar a los peritos necesarios.

Expresa confirmación de lo expuesto se encuentra en el art. 14 de la L. O. M. P. En esta disposición, al establecerse la obligación del juez de citar al M. P. a las diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas, se hace mención, de manera general, a las "pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio".

De acuerdo con la manera como nuestra ley procesal regula la función del Juez Instructor y al modo como la L. O. M. P. prevé la intervención del F. P. no es factible admitir que el juez no sea el responsable de la investigación judicial.

Si éste hubiera sido el fin buscado por los autores de la Constitución, ellos hubieran fijado de otra manera los límites de la intervención del M. P. en la investigación de los delitos. En realidad, los constituyentes no se plantearon el problema de tener que escoger entre el modelo anglosajón o germano (el M. P. es el encargado de probar la acusación que formula ante el órgano encargado de juzgar) y el modelo francés (el M. P. promueve la acción penal e interviene en la investigación judicial a cargo del juez instructor). Ellos tuvieron en cuenta el sistema de nuestra ley procesal -con sus características peculiares desarrolladas en la práctica-, el mismo que es similar en lo esencial al segundo modelo indicado. Así se comprende que el art. 250, inc. 5 señale que al M. P. corresponde "vigilar e intervenir en la investigación del delito".

De otro lado, los constituyentes no concebían al juez instructor como un juez de fallo y, al mismo tiempo, como juez investigador. Por el contrario, ellos se refirieron, al consagrar la garantía de la publicidad del juzgamiento (art. 233 - inc. 3), a los "tribunales" y "a la decisión unánime de sus miembros". Es decir, que tuvieron presente el sistema del C. P. P. consistente en una etapa de investigación (a cargo del juez de instrucción) y en otra, de juzgamiento (a cargo de

los tribunales), en las que el M. P. debía intervenir. No olvidemos que fue el Gobierno militar, mediante el D. L. 17110, quien otorgó la facultad de fallar a los jueces instructores; luego, ampliada excesivamente por el gobierno constitucional, mediante el D. Leg. 124. En los considerandos y en las disposiciones de este decreto, se reconoce, justamente, el criterio que nosotros defendemos. Por último, es de recordar que las normas constitucionales, en el dominio procesal penal, significan una vuelta a los principios de nuestro C. P. P. de 1940. El juzgamiento de los procesados ausentes es otro buen ejemplo de esta tendencia.

Volviendo al punto que nos interesa, en este acápite, no creemos correcto afirmar que el proceso penal recae principalmente sobre el M. P. y que así el juez tendrá la libertad espiritual suficiente para apreciar las pruebas aportadas por el M. P. y examinar si acreditan el delito y la persona del autor (Contra García Rada 1983, p. 89). Si esto fuera así, no se justificaría más la existencia del juez instructor y de la investigación judicial, previa al juzgamiento. Esta estaría a cargo del M. P., quien llevaría directamente el proceso ante el tribunal; es decir, a "la norteamericana".

El sistema actual es el resultado de la ausencia de una concepción clara respecto a la reforma esencial que requiere, nuestra ley procesal penal.

En el reconocimiento de la obligación del M. P. de probar los cargos contra el procesado, radica su peculiar participación en la esencia misma de la función judicial. De la estrecha colaboración entre representantes del M. P. y jueces dependerá el éxito de la investigación. Toda mesquina emulación, todo cuestionamiento infundado de prerrogativas o recelo en el ejercicio de las funciones, no sólo significará un detrimento de la imagen de ambas instituciones, sino que repercutirá negativamente en todo el cuerpo social.

Los mismos principios rigen, *mutatis mutandis*, en cuanto a la intervención del M. P. en el juicio oral, segunda etapa del proceso penal. Dejando de lado el anticonstitucional juzgamiento unipersonal, secreto y escrito consagrado en el procedimiento sumario (conforme el art. 6 del D. Leg. 124), debemos señalar que sobre el F. Sup. recae, igualmente, la carga de la prueba; sin que esto tampoco signifique que el Tribunal Correccional no sea el encargado del juzgamiento, o no pueda actuar pruebas de oficio o, llegando el caso, rechazar las que sean ofrecidas. Este criterio inspira, por ejemplo, el art. 239 del C. P. P. En esta norma se dice que "si el Fiscal ofrece nuevos testigos y la defensa se opone, el Tribunal resolverá si acepta o no el testimonio en vista de las razones que se aduzcan". Lo mismo sucede cuando se faculta al Presidente del Tribunal "para declarar impertinentes las preguntas, y para suspender el desarrollo de los interrogatorios" que el Fiscal, el defensor y el abogado de la parte civil hagan a los testigos (art. 25 1 C.P.P.). Aquí como en la instrucción, la administración de justicia solo será beneficiada por, la labor armoniosa y correcta de Vocales y Fiscal.

15. FISCAL SUPERIOR EN LO PENAL

El F. Sup. cumple, también, un rol de órgano consultivo y requeriente. Lo peculiar de la situación se encuentra en que debe opinar antes de la resolución que adopte el Tribunal, conformado por personal técnico. Su opinión debe ser solicitada y escuchada no sólo porque puede ser considerado, formalmente como parte; sino porque es titular de la acción penal y representante de la sociedad, entre otras funciones. Pero, no significa que el Tribunal Correccional debe acatar, necesariamente, lo sostenido por el F. Sup. Puede tratarse, por ejemplo, de una apreciación sobre los hechos o el derecho; sobre el procedimiento, sobre la procedencia o improcedencia de una libertad provisional, o sobre el ofrecimiento de una prueba. En este último caso, por ejemplo, el Fiscal puede solicitar,

en el juicio oral, la concurrencia de la agraviada. El Tribunal puede, de acuerdo con la situación del proceso y los elementos de cargo existentes en autos, desestimar su pedido. El Fiscal puede, como también el abogado defensor, Impugnar la decisión del Tribunal; pero no considerarla como una restricción de sus facultades de acusador. La carga de la prueba que sobre él recae no significa carta abierta para todos sus pedidos. El Tribunal, como órgano jurisdiccional, es el llamado a dirigir y decidir.

Intervención decisiva tiene el F. Sup. en los actos preparatorios del juicio oral; de su opinión depende que éste se realice o no. Si acusa convencido de la existencia de pruebas de cargo contra el procesado, el Tribunal no debe hacer sino dictar el auto superior de enjuiciamiento. Si no está plenamente convencido el F. Sup., acusará pero, se ampliará la investigación (ver el comentario al art. 94). En la L. O. M. P., se califica a la primera acusación de sustancial y a la segunda, de formal.

En caso de que el F. Sup. no acuse, el Tribunal no puede hacer otra cosa sino remitir los autos al F.

S. en lo penal para que conozca del asunto. Como en el caso del F. P., esto constituye una reafirmación de la autonomía del M. P. Las observaciones que hicimos anteriormente (pág. 31) son igualmente, pertinentes.

Por último, señalemos que las denuncias pueden formularse también ante el F. Sup. Si este la ampara, deberá instruir al F. P. para que la formalice ante el Juez. He aquí un caso de instrucciones que debe obedecer el Inferior por estar el M. P. jerárquicamente organizado (art. 5, in fine). No es posible que la misma persona denuncie simultánea o sucesivamente el mismo hecho ante F. Sup. y F. P. Solo puede hacerlo ante uno; si no es amparada su denuncia, puede recurrir en queja al inmediato superior.

16. MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como lo hemos destacado con anterioridad, el M. P. ha sido, progresivamente, desplazado del inicial dominio de la defensa de la administración pública hasta convertirlo en el defensor de las personas frente a los abusos de dicha administración. La novedad de la L. O. M. P. consiste, en este campo, en haber incorporado, en cierta forma, la función del ombudsman (ver: pág. 38). Pero, el enfrentamiento entre la administración pública y los administrados puede dar lugar a un proceso administrativo en el que se trate de impugnar o invalidar algún acto o decisión de la administración.

Esta acción contencioso-administrativa fue regulada, en nuestro país, por la L. O. P. J. de 1963. En el art. 11 de esta ley, se disponía que "los Jueces no admitirán impugnación de resoluciones administrativas de carácter particular que hayan dictado las autoridades competentes, sino después de agotados los recursos jerárquicos expresamente preestablecidos y a instancia de la parte interesada". Por último, estatúa que "sí los actos administrativos no tienen forma de resolución y formulada queja escrita contra ellos ante el funcionario superior éste no la ha resuelto en el plazo de treinta días, procederá la demanda judicial para anularlos". Esta acción contencioso-administrativa ha sido consagrada, por primera vez, a nivel constitucional, en el art. 240 de nuestra nueva Carta Política. En su primer párrafo, se establece que dicha acción se interpone "contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado".

Mediante la acción contencioso-administrativa el sujeto que se siente afectado en sus derechos subjetivos por la acción la administración pública, recurre al Poder Judicial para que éste decida si dicha acción está o no de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico. En último extremo, se trata de conservar la legalidad y de proteger a las personas contra la todopoderosa e impersonal maquinaria estatal. Por esto, se ha instituido, expresamente, la intervención del M.

P., Según la L. O. M. P., en primer lugar, corresponde al F. S. en lo contencioso-administrativo, sobre todo, "emitir dictamen previo a la resolución final" en los procesos de esta índole (art. 86, inc. 1). En segundo lugar, es atribución del F. SUP. en lo civil emitir dictámenes en la resolución que pone fin a la instancia -n los procedimientos contencioso-administrativos (art. 89, inc. 9). y por último, la misma obligación es impuesta al F. P. en lo civil (art. 96, inc. 2). Esta regulación de la intervención del M. P. se debe a que la acción contencioso-administrativa, por no estar sujeta a un procedimiento especial, se tramita conforme a las reglas del juicio ordinario contenidas en el C. P. C.

Es decir, que los dictámenes de los fiscales serán previos a las resoluciones del juez civil (1a. instancia), de la Sala Civil (2a. instancia) y de la Corte Suprema (última instancia). Sin embargo, en esta parte la L. O. M. P. parece no ser compatible con el art. 240, 2do. pf. de la Constitución, que estatuye que la ley regulará el ejercicio de la acción contencioso-administrativa y, así mismo, precisará "los casos en que las Cortes Superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia". Es decir, según la concepción de los constituyentes, la jurisdicción sólo pertenece a las Cortes Superiores y' lo a la Corte Suprema. Como lo dicen Rubio-Bemales (1981, p. 444), "ya no procederá la sentencia de los Jueces de Primera Instancia y que, por lo tanto, tendrá que dictarse ley ad-hoc para la tramitación".

La intervención del M. P. no tiene como finalidad la defensa de los derechos o intereses del Estado (administración). Todo lo contrario, se orienta, en general, a garantizar la constitucionalidad y la legalidad de la administración con relación a los administrados. La defensa y representación del Estado en todo juicio, incluido el contencioso-administrativo, se ejercita por intermedio de los Procuradores Generales de la República a cargo de los asuntos de los diferentes Ministerios. La identificación en un mismo órgano, de la defensa de una de las partes (la administración) y la fiscalización de la legalidad "no es principio que contribuya a la conformación de un Estado de Derecho" (Herrero Tejedor, 1967, p. 455). Sin embargo, de acuerdo con el D. L. No. 17537 del 25 de

Marzo de 1969, referente a la representación y defensa del Estado en Juicio, "en los casos en que el Estado sea demandante ante jueces distintos a los de la Capital de la República, los Procuradores Generales serán substituidos en la defensa en primera instancia por los Agentes Fiscales (Fiscales Provinciales) y en Segunda Instancia por los Fiscales de las Cortes Superiores respectivas".

Esta disposición no ha sido, expresamente, derogada por L. O. M. P.; pero, es evidente que resulta incompatible con las normas constitucionales que regulan las atribuciones y la organización del M. P. Se impone, pues, una inmediata reestructuración del sistema de defensa judicial del Estado para armonizarlo con el nuevo orden constitucional.

17. M. P. EN EL PROCESO CIVIL

En el orden civil, la intervención del M. P. es comprensible en la medida que se reconoce que, muchas veces, el interés público se encuentra en juego de manera visible o subyacente. En la esfera más limitada del procedimiento civil, el abandono del criterio de que "se trata de intereses exclusivamente privados" ha llevado a permitir incorporar en nuestro C. P. C., mediante el D. L. No. 21773, el impulso de oficio a cargo del juez (Montoya 1981, p. 17).

Lo cierto es que en el campo del Derecho privado existen claras manifestaciones de interés público (Herrera Tejedor, 1967. p. 463) que justifican la intervención del M. P. La L. O. M. P. la regula de manera expresa y amplia. En primer lugar, recordemos que

mediante ella se ha instituido fiscales en lo civil en las tres instancias judiciales. En segundo lugar, en ella se han establecido diversas formas de intervención. la más amplia es la de consejero jurídico "ope legis" de los jueces; luego, es la de su intervención como parte; y, por último, como requirente de la nulidad del procedimiento al momento de emitir dictámenes.

El F. P. en lo civil actúa como parte cuando interviene ejercitando recursos y ofreciendo pruebas en los juicios de nulidad de matrimonio, de separación de los casados y de divorcio (art. 196, inc. 1, L. O.).

M. P.). Los casos en que obra, en buena cuenta, como perito imparcial e impuesto por la ley, son mucho más numerosas los referentes a nulidad de matrimonio, a los intereses o derechos de menores e incapaces, los de filiación matrimonial, los de responsabilidad civil de los funcionarios y servidores públicos (arts. 85 y 89 L. O. M. P.). Corresponde al F. S. en lo civil requerir la nulidad cuando la sentencia recurrida se ha dictado citando con la demanda a un menor o incapaz; cuando se ha incurrido en grave irregularidad procesal que implica desconocimiento o violación de derechos esenciales (art. 84 L. O. M. P.).

A pesar de la amplitud que tiene, según nuestra ley, la intervención del M. P., no alcanza la que se le da en otros ordenamientos. Por ejemplo, en España, el Ministerio Fiscal puede, como parte principal, representar y defender a los menores e incapaces; solicitar la extinción de la adopción de los mismo, etc. (Ver. Fairen Guillen, 1974, p. 666 y ss.).

Por último, señalemos que el M. P. debe promover no sólo la represión del autor del delito sino también la reparación del daño ocasionado. En el art. 10 de la L. O. M. P., se la menciona como una de sus funciones principales. De esta manera, se mantiene la concepción admitida en el C. P. de 1924. El art. 650 de este Código estatuye que el M. P. "perseguirá conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil". La importancia de esta función del M. P. alcanza toda su relevancia cuando el agraviado o sus herederos no demandan la reparación, directamente, en la vía civil, ni se constituye en parte civil en el procedimiento penal. Mediante la ley No. 9014 del 23 de noviembre de 1939, se modificaron las disposiciones del C. P. referentes a la reparación civil. En su art. 20, se dispuso que dicha reparación y "la indemnización civil se rigen por lo dispuesto en el Código Civil". Sin embargo, en la misma ley aparecen disposiciones regulando determinados aspectos de la reparación civil.

La obligatoriedad de la intervención del M. P. en relación con la "reparación civil, se pone demanifiesto cuando se considera entre las atribuciones del F. P. la de solicitar el embargo de los bienes muebles y la anotación de la resolución pertinente en las partidas registrales de los inmuebles de propiedad del inculpado o del tercero civilmente responsable, que sean bastantes para asegurar la reparación civil" (art. 95, inc. 2, L. O. M. P.). Esta regla guarda armonía con las contenidas en el título II del Libro Segundo del C. P. P. denominado "Embargo de bienes del inculpado y de terceros". El Estado puede constituirse, en su condición de agraviado, en parte civil en los procesos penales. Para este efecto, debe haber sufrido un . daño directo e inmediato. Así sucede, por ejemplo, cuando alguien se apodera, ¡legítimamente, de una cosa mueble de propiedad estatal, sustrayéndola del lugar donde se encuentra y para aprovecharse de ella; o, también, cuando alguien práctica "un acto dirigido" a someter a la República, parcial o totalmente, a la dominación extranjera. En este último caso el Estado se ve agredido en su integridad y existencia (traición a la patria, art. 289 C. P.); en el primero, por el contrario, es dañado en su patrimonio como persona de Derecho público interno (hurto, art. 237 C. P.). Se trata, pues, de los delitos contra el Estado, propiamente dichos, y de los delitos contra sus bienes jurídicos. En los primeros, la existencia, la estabilidad, la unidad, la seguridad de sus órganos son los bienes jurídicos protegidos. En buena cuenta, el Estado mismo.

No es suficiente que el delito dañe indirecta y mediatamente los intereses estatales. El Estado no puede ser considerado, para estos fines, como el personero o representante del cuerpo

social. De ser esto así y, además, porque todo delito perjudica -en último extremo- a la sociedad, el Estado tendría expedito el derecho de constituirse en parte civil en todo proceso penal. La aceptación de este criterio significó, entre nosotros, que se le admitiese como parte civil en el caso del delito de aborto. Ultimamente, se le aceptó en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Estas infracciones penales no constituyen atentados contra el Estado.

El tráfico ilícito de estupefacientes, regulado en una ley especial, es un delito contra la salud pública. De ser incorporado en el Código penal debería ser ubicado en el título de los Delitos contra la salud pública, que forma parte de la Sección séptima consagrada a los Delitos contra la seguridad pública. En estos delitos como en el de los dirigidos contra la tranquilidad pública, el titular de los bienes jurídicos protegidos es la sociedad. La defensa y representación de ésta corresponde al M. P., conforme el art. 250, inc. 3 de la Constitución. En cuanto al caso particular del tráfico ilícito de drogas, la ley que regula su represión no dispone nada específico sobre quien sufre directamente el daño, ni sobre la intervención del Estado a través de los Procuradores Generales (abogados del Estado), como parte civil en los procesos penales ocasionados por dichos delitos. El D. L. No. 17537, de la representación y defensa del Estado en juicio, no contiene tampoco disposición en este sentido. Por el contrario, en su art. 14 se estatuye que en materia penal, los Procuradores Generales actuarán como denunciadores o constituyéndose en parte civil, según sea el caso, sin que puedan restringir su labor de cautela, y defensa de los derechos e intereses del Estado, las limitaciones que señalan el Código de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar para la actuación de la parte civil, en la etapa de la instrucción.

Todo se reduce, pues a saber, cuándo la infracción daría los derechos e intereses del Estado. Con este objeto, no es de olvidar, por último, que nuestro legislador clasificó, al elaborar el Código de 1924, los delitos en tres grandes grupos; delitos contra la persona (natural o jurídica); delitos, contra el Estado (órgano jurídico político de la sociedad) y delitos contra la sociedad.

