

*El proceso de implementación de la  
Reforma Procesal*

Victor Cubas Villanueva\*

\* Jurista, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Fiscal Superior Titular de Lima. Autor de libros de Derecho y Jurisprudencia.

Lex



**E**n la introducción del libro sobre el Plan de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, se sostiene literalmente que *“el nuevo Código Procesal Penal inspirado en un sistema acusatorio, a diferencia del C de PP de 1940 de carácter inquisitivo, introduce una serie de cambios profundos no solo en la organización y funciones de las instituciones directamente vinculadas con el proceso penal, como el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría de Oficio y la Policía Nacional del Perú, sino también un cambio de carácter cultural que constituye el desafío más difícil de abordar debido a que los operadores del sistema de justicia penal se encuentran formados y vienen trabajando bajo un pensamiento tendencialmente inquisitivo, requiriéndose, de manera urgente, cambiar sus esquemas mentales y paradigmas para orientarlos hacia aquellos basados en la lógica del sistema acusatorio de la justicia penal”*.<sup>1</sup>

Todo esto requiere el total compromiso de las instituciones antes citadas, así como del Estado en su conjunto y de la sociedad en general. Por esta razón, al tiempo que se promulgó el NCPP se promulgó también el decreto legislativo 958 que regula el Proceso de Implementación y Transitoriedad del NCPP. Este dispositivo crea una Comisión Especial de Implementación, encargada de diseñar, conducir, coordinar, supervisar y evaluar el proceso de implementación del código. Dicha comisión está integrada por un representante de cada una de las siguientes instituciones: Ministerio de Justicia, Ministerio de Economía y Finanzas, Poder Judicial, Ministerio Público y Ministerio del Interior. Asimismo, deberá contar con un Secretario Técnico.

Cada una de las instituciones debe proponer a la Comisión las normas de adecuación correspondientes a su sector. Del mismo modo, la Academia de la Magistratura debe proponer a la Comisión el diseño de los programas de capacitación para jueces, fiscales y personal auxiliar.

La Comisión, en cumplimiento con los fines para los que ha sido creada, ha propuesto el

<sup>1</sup> Ministerio de Justicia. *Plan de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, octubre del 2005, p. 5

Plan de Implementación del NCPP y un conjunto de normas que han facilitado su aplicación en los distritos judiciales en los que está vigente el Código.

### **El Ministerio Público en el Perú**

Desde el Reglamento Provisional que dictó el Gral. San Martín en 1821 hasta la Carta Magna de 1933, el Ministerio Público fue considerado institucionalmente como un organismo dependiente del Poder Judicial. Representaba el interés social y actuaba como auxiliar ilustrativo del juez o tribunal. Dentro de este contexto, establecieron sus funciones y atribuciones los códigos de procedimientos penales y las leyes orgánicas del Poder Judicial.

El Art. 250 de la Constitución Política de 1979 estableció que el Ministerio Público era un organismo autónomo y jerárquicamente organizado y le asignaba, en siete incisos, sus nuevas atribuciones manteniendo las que tenía cuando formaba parte del Poder Judicial, incorporándole otras nuevas e importantes como la vigilancia y la intervención en la investigación del delito desde la etapa inicial.

Su Ley Orgánica, aprobada por Decreto Legislativo N° 052, contiene las disposiciones relacionadas con su estructura y funcionamiento; sin embargo, como sostiene Fernando Cruz, *“pese a tener una función claramente diferenciada de la jurisdiccional, posee una organización que sigue los esquemas del Poder Judicial. La actividad de los fiscales aparece atomizada, librada en gran medida a criterios heterogéneos y carentes coordinación. Las diferentes jerarquías guardan mayor correspondencia con las etapas del proceso que con esquemas diferenciados de responsabilidad funcional. El resultado permite apreciar una clara debilidad de las agencias fiscales primarias, es decir, de aquellas por las que ingresa la mayor cantidad de causas que deben ser gestionadas por el Ministerio Público. En este contexto, la persecución penal no es asumida como una política de la institución que demanda definiciones, estrategias, programas y coordinación”*.<sup>2</sup>

La organización corporativa adoptada se sostiene en el principio según el cual en todos los juzgados y salas existe un representante del Ministerio Público, es decir, el Fiscal y su organización jerárquica de tres grados: a) Fiscalías ante la Corte Suprema, b) Fiscalías ante las Cortes Superiores y c) Fiscalías ante los Juzgados Especializados. Las fiscalías funcionan en diferentes especialidades: en lo civil, en lo penal, en lo contencioso administrativo, de familia, de prevención del delito; asimismo, existen fiscalías de control interno.

Pese a que el Ministerio Público es un organismo autónomo, su estructura orgánica

<sup>2</sup> CRUZ, Fernando. *De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia. Informe de la Misión de Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Ministerio de Justicia del Perú, abril del 2001, p. 30.

fue aprobada por los Decretos Supremos 009-93-JUS y 36-94-JUS, luego de la fallida reorganización llevada a cabo después del 5 de abril de 1992. En ella solo se considera, como órganos de gobierno, a las Juntas de Fiscales Supremos y Superiores, no así a los Fiscales Adjuntos. Sin embargo, estos dispositivos crearon dos fiscalías de vital importancia: la fiscalía Suprema en lo Constitucional y Social y la Fiscalía Suprema de Control Interno. Ahora bien, debido a que la Ley Orgánica constituye una disposición anterior, las funciones y atribuciones de estos fiscales, así como las de los fiscales de familia, no están contempladas.

La Carta Magna, vigente desde enero de 1994, señala en su Art. 158 que el Ministerio Público es un organismo autónomo presidido por el Fiscal de la Nación. Respecto a las jerarquías de sus órganos, contiene igual disposición que la anterior. Sus funciones están señaladas en el Art. 159 con una modificación importante respecto a su función persecutoria, pues amplía sus facultades al establecer que le corresponde “conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.”

La Constitución coloca al Fiscal de la Nación en el primer lugar del escalón sin hacer ninguna otra precisión, pues su ley orgánica no reguló íntegramente sus atribuciones. Esta situación se agravó como consecuencia de una política de centralización y concentración de poder. Esta se manifestaba en el hecho de que su despacho conociera problemas que solo podían ser solucionados por funcionarios intermedios en cada uno de los distritos judiciales que, sin embargo, carecían de la capacidad para ocuparse plenamente de la política macroinstitucional.

La creación del Ministerio Público como órgano constitucional autónomo sentó las bases para establecer un nuevo sistema procesal en el que las funciones de persecución y de decisión fueran llevadas a cabo por órganos diferentes. Al MP le corresponde la persecución del delito y la investigación, de suerte que el fiscal también desempeña la función de un investigador. Por ello, la LOMP lo reconoce como titular del ejercicio público de la Acción Penal y de la carga de la prueba (Art. 11 y 14), en tanto que los órganos jurisdiccionales se encargan exclusivamente de la etapa procesal del juzgamiento, es decir, de resolver, de fallar, además de controlar el desarrollo de la investigación.

Sin embargo, la LOMP cuando establece las atribuciones del Fiscal en lo Penal recortó las facultades de investigación reduciéndolas al ámbito de la investigación preliminar. Esto trajo como consecuencia la necesidad de mantener la figura del juez instructor y de la instrucción escrita y reservada propia del sistema inquisitivo. Por eso, a partir de 1980, el proceso penal tiene una etapa más: la investigación preliminar que realiza el fiscal en su despacho o la policía

bajo la conducción del fiscal con el fin de determinar si promueve la acción penal o si se abstiene de hacerlo.

En este ámbito, se le reconocen facultades discrecionales para la desestimación de denuncias a través de los actuados. Posteriormente, en 1991, se le reconoció la facultad de aplicar criterios de oportunidad para que se realicen tareas de selección de casos de tal manera que el sistema judicial no esté saturado de causas y tenga una carga procesal razonable. Sin embargo, estas facultades no han sido ejercidas plenamente.

Como no se dio una regulación legal sobre la investigación preliminar que estableciera las facultades para desarrollar esta actividad, el plazo en que debía llevarse a cabo y las formalidades de los actos de investigación, los fiscales desarrollaron una regulación bajo las normas propias de la instrucción. Solo después de 20 años de vigencia de la LOMP, se dictaron medidas legislativas con la finalidad de posibilitar el desarrollo de la investigación preliminar en los casos de corrupción. Como sostiene César San Martín, *“en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y los delincuentes peligrosos cuya conducta afecta bienes jurídicos de especial relevancia, desde hacía mucho tiempo se había notado grave ausencia normativa y un inusitado desencuentro entre la legislación procesal vigente –confusa y asistemática– y las exigencias de eficacia de la persecución penal. El viejo Código de Procedimientos Penales de 1940 no contempló la investigación preliminar del delito para definir los marcos necesarios que permitan inculpar formalmente a una persona por la comisión de un delito”*.<sup>3</sup> Por esta razón, fue necesario dictar las leyes sobre beneficios por colaboración eficaz, medidas limitativas de derechos, facultades del Fiscal de la Nación para la investigación preliminar, acerca de intervención y control de comunicaciones y sobre facultades de la Policía y del Ministerio Público en la investigación preliminar y leyes de homonimia.

Aquella disposición de la LOMP fragmentó la investigación dando lugar a una innecesaria repetición de las diligencias, de manera que se produjo una confusión de roles, pues ni el fiscal ni el juez pueden cumplir las funciones encomendadas por la Constitución. El fiscal no agota la investigación considerando que lo hará el juez en la etapa de instrucción. Este, por su parte, no investiga asumiendo que el fiscal ya investigó. El juez no tiene posibilidades reales para investigar y, al pretender hacerlo, abandona su función esencial de juzgar y condena, sin previo juicio en el proceso sumario, según el mérito de las diligencias sumariales practicadas violando, de esta manera, normas esenciales del debido proceso.

Según el NCPP, la reforma empieza por la necesaria división de las funciones propias

<sup>3</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. *Legislación penal contra los delitos de corrupción*. Lima: Instituto de Investigaciones Gonzalo Ortiz de Zavallos – Ministerio Público, 2001, p. 218.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Problemas del rol institucional del Ministerio Público**

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

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

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

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

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

### **Problemas del rol procesal del Ministerio Público**

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

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

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

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

<sup>5</sup> DUCE, Mauricio. *Op. cit.*, p. 107 ss.

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

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

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

### **La Policía Nacional del Perú**

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

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

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

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

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

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

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

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

La Ley Orgánica de la Policía Nacional promulgada en diciembre de 1999<sup>6</sup> establece su definición, funciones, atribuciones y facultades ejercidas de conformidad con la Constitución y la ley. En ningún caso, se hace referencia a que las mismas tienen que ser ejercidas en estrecha coordinación con el Ministerio Público, cuyos mandatos está obligada a cumplir cuando se trata de la investigación del delito. La policía no ha tomado en cuenta que el Ministerio Público es el órgano encargado de la persecución del delito y que el fiscal es titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba, de manera que ejerce el control jurídico del desarrollo de la investigación.

### La policía en la legislación comparada

Veamos cómo funciona la policía que interviene en investigación del delito en otros países. En Colombia, el artículo 250 de su Constitución Política<sup>7</sup> establece que corresponde a la Fiscalía General de la Nación “3) *dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley.*” Por su parte, el Código de Procedimiento Penal<sup>8</sup> en su artículo 114 establece que corresponde a la Fiscalía General de la Nación “5) *dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley*” y el artículo 311 establece que “*el Fiscal General de la Nación o sus delegados tiene a su cargo dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente o especial cumplen los organismos previstos en la ley*”.

En Guatemala, la LOMP<sup>9</sup> en su artículo 1 establece que es una institución con funciones autónomas, promueve la acción penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública, para lo cual cuenta con el auxilio de la policía nacional civil. En el inciso 3, indica con toda precisión “*dirigir a la policía y los demás cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de los hechos delictivos*”.

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

<sup>7</sup> *Constitución Política de Colombia*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998.

<sup>8</sup> *Código de Procedimiento Penal*. Lima: Editorial Doctrina y Ley, 2001.

<sup>9</sup> Congreso de la República de Guatemala. Decreto N° 40-94.

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

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

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

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

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

## El Abogado Defensor

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

<sup>10</sup> *Código Procesal Penal de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

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

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

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

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

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

<sup>11</sup> VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal*. T.II, p. 380.

<sup>12</sup> MAIER, Julio. *Op. cit.*, p. 315.

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

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

### **Rol de los órganos jurisdiccionales**

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

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

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

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

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

## El Juez de Garantías

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

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

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

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

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

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

<sup>16</sup> Bertolino, Pedro. *El Juez de Garantías en el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires*, [www.eldial.com/suplementos/penal/edito8.asp](http://www.eldial.com/suplementos/penal/edito8.asp)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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





*Bruno Portuguese*

*"Amor Andino"*