

Ministerio Público y reforma de la justicia: algunos planteamientos de principio*

César San Martín Castro

Abogado. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ex-magistrado del Poder Judicial.

I. A manera de introducción

1. Un punto clave en toda reforma de la justicia es el referido a la vigencia de los principios. Por ello, y sin lugar a dudas, se debe partir de lo que se denomina “El Programa Procesal Constitucional” y a partir de él desarrollar un modelo coherente, eficaz y garantista a la vez de justicia penal.

No es posible, acota Binder¹ pregonar eficacia, desarrollo moderno y gerencial de las estructuras administrativas de los órganos públicos encargados de la persecución del delito y de la jurisdicción penal –que por lo demás requieren de una urgente y progresiva reforma y atención presupuestaria de parte de los poderes públicos– desconociendo o negando los principios básicos sobre los que se estructura un modelo de justicia, sustentado en las ideas matrices de igualdad de armas y debido proceso.

2. Si estamos inmersos en un Estado que se rotula democrático y social, organizado sobre la base del principio de la separación de poderes (Art. 43º Constitución) y que afirma la justicia como un valor superior del ordenamiento jurídico (Art. 44º Constitución), obviamente la pauta directriz de la reforma de la justicia penal debe circunscribirse a hacer efectivos esos lineamientos supremos. Es absolutamente impropio y éticamente censurable, obviar los baremos impuestos por la Constitución y sobre la precaria noción de la *emergencia* o de la *transición* –verdadera punta de lanza de la categoría autoritaria de la “razón de Estado”– construir en los hechos un modelo organizacional y procesal inquisitivo, negando principios y garantías básicas de los justiciables.

* Ponencia presentada en el Seminario Internacional: “Reforma Judicial en el Perú: logros y retos; en busca de un plan de mediano plazo”. Lima, marzo de 1997.

¹ Binder, Alberto. “Justicia Penal y Estado de Derecho”. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires, 1993; p. 218.

3. Esta afirmación de los principios, incorporados explícita o implícitamente en la Constitución, resulta de trascendental importancia. Sobre esa base, y más allá de exponer vagas y confusas disquisiciones puramente tecnocráticas, debe enmarcarse la discusión acerca de las acciones de reforma que es necesario emprender para la transformación global de la justicia penal.

Es de afirmar, a estas alturas del debate, que no se conocen con suficiente precisión las bases políticas –de derecho orgánico y de derecho procesal– de la reforma de la administración de justicia penal. El descuido en este orden de cosas ha sido, y continúa siendo, patente y peligroso. Sobre esa sombra metodológica, que niega la participación de la comunidad académica y de la sociedad civil, obviamente no es posible arribar a buen puerto.

Por ello, mi primera invocación es un retorno a los principios y, en tal virtud, inaugurar una discusión radicada en la definición acerca de lo que se quiere hacer y de los medios y recursos necesarios para su debida ejecución.

4. Ahora bien, es de afirmar –siguiendo a la mejor doctrina– que toda Constitución traza un programa, orgánico y procesal, en materia de administración de justicia, al que no es ajena nuestra Ley Fundamental. En él, ocupa un lugar trascendental el Ministerio Público, por lo que es del caso precisar lo que es dicha institución y las características que debe reunir desde el punto de vista orgánico, a la vez que acomodar su organización a un sistema procesal de contenido acusatorio, asentado en las ideas matrices de igualdad de armas, debido proceso y presunción de inocencia.

II. Derecho orgánico fiscal

1. La Constitución del Estado, Art. 158º, permite una conceptualización del Ministerio Público, muy propia de los modelos eurocontinentales. Avanzando en planteamientos teóricos formulados en países de nuestra órbita de cultura, dicha norma fundamental precisa que *el Ministerio Público es autónomo y que el estatuto de sus miembros es equivalente al de los jueces integrantes del Poder Judicial*. Ambas notas fundamentales de la Fiscalía peruana a su vez la califican desde un punto de vista general como: 1) órgano colaborador de la jurisdicción; 2) institución garante del “interés público” y 3) organismo que se guía por los principios de legalidad e imparcialidad.

2. El Ministerio Público, como apunta Manuel Marchena Gómez², es un órgano autónomo de derecho constitucional coadyuvante al funcionamiento del Poder Judicial. Ello significa que los poderes públicos no tienen injerencia en su organización ni en su efectivo funcionamiento; es decir, que institucionalmente es un ente autárquico. Además –y es lo que le otorga una cualidad *sui generis*– sus miembros, integrantes de la carrera fiscal, como cuer-

² Marchena Gómez, Manuel. “El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro”. Ed. Marcial Pons, Madrid. 1992; pp. 121-122.

po funcional equivalente al judicial, son nombrados, al igual que los jueces, por otro órgano constitucional autónomo: el Consejo Nacional de la Magistratura, precedidos de una habilitación proporcionada por la Academia de la Magistratura y un concurso público de méritos y evaluación personal, verdadera base para estructurar una carrera fiscal sustraída al poder burocrático de la jerarquía. El principio de unidad y dependencia no es un criterio organizativo del Ministerio Público peruano.

El Ministerio Público es presidido, en su calidad de máximo representante de la corporación –con todo lo que ello conlleva– por el *Fiscal de la Nación*, quien es elegido entre sus miembros por la *Junta de Fiscales Supremos*, órgano colegiado de la institución que debe estar llamado a cumplir dos roles: a) ser la máxima instancia de deliberación en materia presupuestal y disciplinaria (Arts. 160º y 154º.3 Constitución) y de conformación interinstitucional (Arts. 155.2 y 179º.2 Constitución); y b) ser un ente de consulta obligatoria o de máxima deliberación en los asuntos que le encomienda la ley. Esta última función, en nada obsta a la necesaria conformación de un *Consejo Fiscal* integrado por todos los niveles de la carrera fiscal como órgano exclusivamente asesor en la materia y de reformas en lo referente al servicio y al ejercicio de la función fiscal, con lo que la institución gana en una mayor integración y ejercicio horizontal de la función constitucionalmente asignada.

3. Es de tener presente que si bien el Ministerio Público está dotado de un *status* “cuasi judicial”, en reacción al carácter meramente administrativo propio de los órganos que integran el Poder Ejecutivo o a la Administración en general, al ser titular de la acción penal, conductor de la investigación del delito y director jurídico-funcional de la actividad de la policía cuando realiza funciones de policía judicial, tiene sin duda alguna una responsabilidad constitucional en la definición de la política criminal del Estado. Estas funciones activas, en orden al combate contra la delincuencia y la protección de los intereses públicos tutelados por el Derecho, obligan a matizar la configuración orgánica de la Fiscalía y, por consiguiente, a atribuir efectivos poderes de dirección al Fiscal de la Nación, de suerte que –oyendo a la Junta de Fiscales– pueda dictar directivas que unifiquen el comportamiento de los miembros de la carrera fiscal.

4. Dos son los temas que es del caso poner en el tapete de la discusión: 1) la necesidad de que el Fiscal de la Nación imparta órdenes e instrucciones a los integrantes de la carrera fiscal; 2) las funciones de la Fiscalía.

Existen dos normas aparentemente contradictorias: el Art. 5º, 2ª parte, de la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público, que estatuye que el Ministerio Público “*siendo un cuerpo jerárquicamente organizado [los fiscales] deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores*”; y, el Art. 60º, II Párrafo, del Código Procesal Penal de 1991 que dispone que “*Los fiscales actúan en el proceso penal con independencia de criterio, rigiéndose únicamente por la ley*”.

La autonomía interna de los miembros del Ministerio Público está garantizada por la Constitución, al trazar una equivalencia entre jueces y fiscales. Esa autonomía se da en aras de hacer valer los principios de imparcialidad y objetividad, compatibles con la defensa del interés público y la representación de la sociedad en juicio.

Empero, como la Fiscalía tiene asignada una misión activa en la defensa de la legalidad y la persecución del delito, al habersele configurado –siguiendo el modelo germano– como un “custodio de la ley”, sólo es posible admitir las instrucciones del superior jerárquico –*que es del caso residenciarlas en la Fiscalía de la Nación, previa opinión de la Junta de Fiscales Supremos*– en cuanto sean de carácter técnico y científico para el mejor gobierno del organismo y con el objetivo de orientar la actividad de los fiscales en los supuestos del principio de oportunidad y en los interrogantes técnico-tácticos de la persecución penal³.

5. Es de precisar que en las decisiones de oportunidad, se trata de definir si en el caso concreto es útil una persecución o la imposición de una sanción. Este, acota Roxin⁴, no es un problema jurídico, sino un problema político-jurídico, que por supuesto puede ser decidido por la vía de la instrucción. De igual manera, en las cuestiones técnico-tácticas, tampoco se trata de la orientación hacia la verdad y la objetividad, materia de la responsabilidad de cada fiscal, sino de la practicabilidad y la efectividad, dictadas por las necesidades de la investigación criminal.

En ambos supuestos –es de recordar– no se trata de una manipulación del Derecho, no está en tela de juicio la convicción jurídica de un fiscal ni se tergiversa la premisa de que el fiscal debe fundar su accionar exclusivamente en parámetros jurídicos. Fijar criterios generales en orden a la interpretación general de las leyes que gobiernan la actuación de la Fiscalía y guiar en un determinado sentido la conducta de la corporación, constituyen a mi juicio fundamentos razonables para amoldar la independencia a la necesidad de actuación única y uniforme de la institución.

Lo que sí está vedado es que se dicten directivas específicas u órdenes en casos concretos, porque tergiversaría la función fiscal y cuestionaría seriamente la función de custodio de la ley asignado a los integrantes del Ministerio Público. Ello significa, como ya se ha expuesto, que el principio francés de unidad e indivisibilidad del Ministerio Público no es de recibo en nuestra institución.

6. En cuanto a las funciones penales de la institución, es del caso puntualizar las siguientes:

- a) Que, funcionalmente, el Ministerio Público es un órgano colaborador del Poder Judicial en orden a obtener el efectivo cumplimiento de la Ley. El M.P. no forma parte del Poder Judicial, no ejerce la potestad jurisdiccional, sino más bien la promueve, consecuentemente, el Fiscal nunca podrá asumir la realización de actos jurisdiccionales.

Por ello, es de tener presente que constitucionalmente dentro del proceso le está vedado la ejecución de: 1) actos procesales que incidan definitivamente en el derecho “a la tutela”: sentencias y sobreseimientos; 2) actos de prueba (sumarial y preconstituida); 3) actos que entrañen la limitación al libre ejercicio de los dere-

³ Hurtado Pozo, José. “El Ministerio Público”. Ed. Sesator. Lima, 1981; p. 85.

AA.VV. El Ministerio Público en el Proceso Penal. Claus Roxin. “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires; pp. 45-46.

⁴ Op. cit.; p. 46.

chos fundamentales (detención, allanamiento, intervención de comunicaciones, entre otros).

Pero, como a la Fiscalía le está encomendada la defensa de la legalidad y actúa bajo el principio de imparcialidad, puede realizar los siguientes actos: 1) cursar órdenes a la policía y obtener de ella su control efectivo; 2) asegurar las fuentes de prueba, bajo presunción de "autenticidad"; 3) a través de la realización de los actos de investigación, puede introducir en la fase instructora los hechos que habrán de servir de base para los autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento, así como para la acusación y la defensa. 4) como autoridad imparcial puede realizar cualquier diligencia de prevención o de investigación, siempre que no gocen de valor probatorio alguno⁵.

- b) La imparcialidad y la legalidad son la base de la actuación del Ministerio Público. La defensa del principio de legalidad requiere que su actuación procesal esté presidida por el principio de imparcialidad y que sus miembros sean independientes (la jerarquía institucional no es de recibo en materias de Derecho y, por tanto, no tiene vigencia –nunca la ha tenido en el Perú– el principio de unidad e indivisibilidad).

Es de acotar que el Ministerio Público no ejercita derecho subjetivo propio alguno en el proceso y como está sometido al principio de legalidad, debe estar interesado en la condena del culpable y en la absolución del inocente. En la investigación su actuación habrá de orientarse exclusivamente a constatar si pueden concurrir los presupuestos de la apertura del juicio oral, porque, en cualquier otro caso, habrá de solicitar el sobreseimiento.

Estos principios de actuación legitiman, a mi juicio, que se le encomiende al Fiscal la investigación del delito y que asuma la dirección jurídico-funcional de la policía.

- c) La promoción de la justicia como misión esencial de la Fiscalía es compartida con un encargo trascendental: la protección del interés público. El Fiscal no es un mero "burócrata de la acusación", no sólo defiende la legalidad. En el proceso ejerce no sólo la acción de la justicia en nombre de las personas necesitadas y la acción de reparación en favor de la víctima, sino fundamentalmente debe contribuir a la observancia del debido proceso y al conjunto de garantías y principios establecidos en la Constitución, siendo de destacar los vinculados al derecho de defensa y a la consecución de un proceso sin dilaciones indebidas.

III. Derecho Procesal y Ministerio Público

1. Tal vez los principios constitucionales que estructuran los rasgos esenciales del proceso penal y, por tanto, tienen una conceptualización genérica al decir de Montero Aroca, son

⁵ Gimeno Sendra, Vicente y otros. "El nuevo Proceso Penal". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1989; p. 80.

los de "debido proceso", "tutela jurisdiccional", "derecho de defensa", "presunción de inocencia" y "publicidad del juicio"⁶.

El *debido proceso* es un principio general del Derecho, de naturaleza constitucional y fuente del Derecho Jurisdiccional de carácter procesal. Apunta a exigir la constitución de un proceso informado por la justicia y la equidad. Destacan el derecho a la igualdad de armas y el principio acusatorio⁷.

El *derecho a la igualdad de armas* significa que frente a un Ministerio Público titular de la acción penal y conductor de la investigación, el imputado ha de tener amplio derecho de postulación, de intervención en la actividad probatoria, de alegación y de impugnación. Este derecho se lesiona cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna o el juez grava indebidamente al imputado con cargas procesales exorbitantes (v.gr.: inversión de carga de la prueba frente a los aportes contenidos en el atestado policial).

El *principio acusatorio* indica mediante qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal. Aquí resulta trascendental: a) que las funciones de persecución y decisión se encarguen a órganos diferentes; b) que la investigación –en cuanto actividad esencialmente inquisitiva– y el juicio oral –que exige un juez independiente e imparcial– estén en manos de distinto órganos públicos: Ministerio Público y órgano jurisdiccional; c) que exista correlación entre la acusación y el fallo; y, d) que no se acepte la *reformatio in peius* (interdicción de la reforma peyorativa).

2. El derecho a la tutela jurisdiccional tiene un contenido complejo. Importa: a) un derecho de libre acceso al proceso, al órgano jurisdiccional; b) un derecho a la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho; c) un derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; y, d) un derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos.

En el proceso penal, el Ministerio Público es el titular de la acción penal (Art. 158º. 5 C). La ejerce de oficio o a petición de parte. Los ciudadanos no pueden acudir directamente al Poder Judicial para reclamar la protección jurisdiccional por la comisión de un delito. Si invocan la protección penal, como quiera que el *ius puniendo* es una exclusiva pretensión estatal asignada al Ministerio Público, se debe instar a dicho órgano para que la ejerza. En estas condiciones el ciudadano sólo tiene el derecho de presentar la *notitia criminis* al Ministerio Público. En cambio, si únicamente exige una reparación por el daño ocasionado, en tanto ella no importa el ejercicio de la pretensión punitiva, tiene el derecho de acudir directamente al juez civil.

El Ministerio Público tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal ante la fundada sospecha de la comisión de un delito. Ante la noticia de un delito, de ser el caso, debe llevar a cabo una investigación preliminar y de existir "causa probable" está obligado a promover la acción penal, es decir, a instar la incoación de un proceso penal en orden a obtener una resolución motivada y fundada que ponga fin al procedimiento.

Las decisiones del Ministerio Público, si acuerda denegar la promoción de la acción

⁶ Montero Aroca, Juan y otros. "Derecho Jurisdiccional". TIII. Proceso Penal. Ed. Librerías Bosh. Barcelona, 1991; pp. 35-40.

⁷ Esparza Leibar, Iñahi. "El Principio del Debido Proceso". J.N: Bosh Editor S.A. Barcelona 1995; pp. 236-239.

penal, como quiera que inciden en el derecho a la tutela, deben estar debidamente motivadas.

3. El *derecho de defensa* es un auténtico derecho fundamental de carácter instrumental. Asiste a todo imputado y a su abogado defensor. Nace con la imputación y finaliza con la obtención de una resolución firme de finalización del proceso. En su virtud, están facultados para comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación, articulando con plena libertad de igualdad los actos de prueba, de postulación e impugnación.

En virtud de este derecho el imputado tiene el poder de acceder al proceso y de que su intervención sea efectiva, lo que implica conocer la imputación y tener tiempo para preparar su defensa, sin que se le pueda negar acceso a las pruebas o actos de investigación o limitar su intervención en la actuación de aquellas, menos a restringir la intervención del abogado defensor.

4. El *derecho a la presunción de inocencia*, anota Vegas Torres, tiene tres distintos significados. El primero hace referencia al establecimiento de garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal. El segundo está referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, en cuya virtud ha de partirse de la idea de que es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de sus derechos durante el proceso. El último constituye una regla referida al juicio de hecho de la sentencia, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada⁸.

Desde el tercer significado, es de destacar que la doctrina exige el cumplimiento de cinco presupuestos básicos: a) que se realice una actividad probatoria necesaria y suficiente; b) que la actividad probatoria se produzca con las garantías procesales, proscribiendo la denominada "prueba prohibida", c) que la prueba pueda entenderse de cargo; d) que de ella pueda deducirse la culpabilidad del imputado; y, e) que se haya producido en el juicio oral, salvo los casos de prueba preconstituida y de urgencia.

5. La Constitución del Estado garantiza la *publicidad del juicio*. De este modo no sólo asegura el acceso del público, con las excepciones reconocidas en el Derecho Internacional, sino que erige el juicio como una etapa imprescindible para la declaración de responsabilidad penal de una persona acusada de un delito (garantía procesal consagrada en el Art. 139º.10 Constitución). Durante esta etapa estrictamente judicial –a la que diferencia de la investigación, cuyo *dominus* o titular es el Ministerio Público (Art. 159º.4 Constitución) y su función más importante es preparar en su caso el juicio oral– deben actuarse las pruebas bajo la vigencia de las reglas de oralidad, inmediación y contradicción. De lo expuesto fluye que el juez del debate, unipersonal o colegiado, sólo podrá sustentar su fallo en verdaderas pruebas, es decir, siempre que hayan sido actuadas bajo su dirección en el juicio oral y con escrupuloso respeto al derecho de las partes.

⁸ Vegas Torres, Jaime. "Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal". Ed. La Ley. Madrid, 1993; pp. 35-36.

IV. Coordinadas de un debate sobre la reforma del Ministerio Público

1. La necesaria referencia a estos principios y garantías del proceso penal obliga a correlacionarlos con el actual estado de cosas y a exigir que el proceso de reforma institucional del Ministerio Público parta de estos principios y garantías.

Esta referencia es particularmente importante porque precisamente *el estado actual del proceso penal peruano es lamentable*. La negación de la cláusula del *debido proceso* es patente y, sobre todo, de los principios de oralidad, publicidad y acusatorio por obra, no sólo de la emergencia penal antiterrorista y antinarcóticos, sino por la masiva expansión del denominado “proceso sumario” en desmedro del proceso ordinario y la inusitada administrativización del enjuiciamiento penal que importa el reconocimiento de espacios autónomos de actuación a la policía y el poder de configuración punitiva concedido a la SUNAT en la persecución del delito tributario. Otro tema especialmente polémico, que debe abordarse, tiene que ver con la práctica “superioridad” de la justicia militar sobre la ordinaria, al punto de estar configurada por la fuerza de los hechos y de la inhibición de la Corte Suprema como un fuero personal y no como un fuero real.

Lo expuesto refleja no sólo una falta de coherencia entre la Constitución y la legislación ordinaria, sino una muy importante limitación del Poder Judicial y del Ministerio Público tanto en materia de defensa del fuero judicial ordinario cuanto de afirmación del control jurisdiccional sobre las demás instancias de los poderes públicos.

2. La reforma institucional, orgánica y procesal, del Ministerio Público tiene que lograr como objetivo el fortalecimiento de la corporación fiscal y, paralelamente, la progresiva transformación del sistema de enjuiciamiento penal.

El fortalecimiento orgánico no sólo tiene que ver con una adecuación de sus órganos administrativos y de gobierno a una nueva realidad, en que el Ministerio Público sea el conductor de la investigación del delito y el director jurídico-funcional de la policía judicial, sino con la imprescindible configuración de una plantilla de fiscales crecida en número y la creación de un modelo de sistema de fiscales que, sin mengua del principio de jerarquía y de la participación colectiva y horizontal de todos los fiscales en los destinos de su institución, fortalezca la independencia de cada integrante de la carrera fiscal y garantice, vía un modelo eficaz y consensuado de instrucciones o directivas, la unidad y coherencia del conjunto del Ministerio Público.

3. Un tema central en materia de organización fiscal tiene que ver con la Oficina Fiscal. ¿Cómo organizar las unidades fiscales de cara a su nuevo rol?

La Fiscalía no sólo recibe denuncias y dirige a la policía judicial, también participa en la etapa intermedia, en el juzgamiento y en la etapa recursal. Existen, funcionalmente, fiscalías provinciales, superiores y supremas.

El rol más complejo, sin duda alguna, compete a las fiscalías provinciales: ellas deben conducir la investigación del delito desde su inicio y, por tanto, tener capacidad de dirección sobre la policía. En este orden de ideas, lo más importante sería, en primer lugar, desconcentrar a sus miembros de los despachos judiciales y de sus propias sedes, formando

unidades especializadas y equipos de investigación; y, en segundo lugar, garantizar la unidad de mando y de gestión sobre los casos que se generen. No considero recomendable separar al fiscal que hace la investigación, preliminar y/o formal, con el que interviene en el juicio; en todo caso, debe construirse una Oficina Fiscal lo suficientemente compleja para absorber estas tareas y erigir al fiscal, unipersonal o colegiado, como un gran director ejecutivo del conjunto de casos que se manejen en la Oficina.

Garantizar la unidad de mando sobre un caso, significa fortalecer el principio de responsabilidad, y en su momento, determinar si se aplica o no el principio de oportunidad reglada y decidir las estrategias más adecuadas de investigación.

A partir de lo expuesto, debe quedar bien en claro que es absolutamente improcedente homologar la oficina fiscal a la oficina judicial. Como los papeles del fiscal y del juez, aun cuando tienen puntos de contacto, son funcionalmente disímiles, no es posible trazar un paralelismo organizacional. La especialización de las fiscalías en las grandes urbes; el trabajo colegiado o en equipos con un *pool* de auxiliares y organismos de apoyo; la misión del decanato de la fiscalía en las tareas de coordinación y apoyo logístico; las relaciones con la policía y demás órganos públicos encargados de tareas de control (Contraloría, Conasev, Superintendencia de Banca y Seguros, Sunat, Aduanas y otras); la creación de fiscalías especializadas (antinarcóticos, antiterrorista, anticorrupción, delincuencia económica y tributaria, etc.) y las divisiones territoriales; y, la incorporación de expertos en contabilidad, finanzas –muy importantes en los delitos financieros– etc., exige un diseño propio y la definitiva superación del paradigma del casi-juez aún subsistente en muchos fiscales.

4. Tal vez el reto más importante de un nuevo Ministerio Público es construir un modelo eficiente y razonable de relaciones con la Policía Nacional. La legalidad de la actuación policial no se da cuando en un atestado policial aparece interviniendo el fiscal en determinadas diligencias, sino –y esto es esencial– cuando el Fiscal ejerce una doble función: de control y de impulso de la actividad de la policía judicial⁹. Es necesario entender que el fiscal no es un notario de las actuaciones policiales ni un dependiente del Ministerio del Interior y que la investigación preliminar policial deberá producirse en el ámbito de la directivas impartidas por el Ministerio Público, que es el titular del poder de investigación y dispone de la policía judicial.

La policía judicial es sólo una función de las varias que desde su origen histórico tiene la policía, circunscrita ésta –enseña Moreno Catena– a la averiguación del delito y al descubrimiento y aseguramiento del delincuente, así como al apoyo en lo necesario para las tareas de la administración de justicia¹⁰. No está constituida solamente por una unidad orgánica adscrita a la Fiscalía o a los juzgados. Por consiguiente, el poder de dirección del Ministerio Público se extiende a toda la policía cuando realiza tareas de investigación del delito. Es muy importante, desde luego, que la Fiscalía tenga unidades adscritas, pero lo es más que pueda trazar determinados vínculos y modelos organizativos con el conjunto de la institución policial, que potencialmente está en condiciones de realizar tareas de policía

⁹ Cascini, Francesco y Cascini, Giuseppe. "Nacimiento, Pasión y Muerte del Código Procesal Penal Italiano de 1989". En: *Revista Jueces para la Democracia* N° 27, Madrid, noviembre 1996; p. 80.

¹⁰ Moreno Catena, Víctor. "Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial". En: *Revista Poder Judicial*, N° Especial VII. Madrid, 1989; pp. 143-144.

judicial. La conformación de comisiones de Policía Judicial o de Coordinación Interinstitucional resultaría muy importante en esta perspectiva de ejercicio del control fiscal y para garantizar la legalidad de las actuaciones policiales.

5. Es de entender que la Constitución enfatiza que el Ministerio Público tiene la misión de conducir *desde su inicio* la investigación del delito. Ello significa que no sólo todo acto de investigación de un presunto delito le debe ser comunicado, sino que la Administración en general no puede abocarse a conocer de delitos sin la conducción de la Fiscalía. La investigación de delitos no es una función de la administración ni una tarea autónoma de la policía –ésta siempre actúa “a prevención”– sino que está intervenida por el Ministerio Público.

Lo expuesto obliga a prevalecer la intervención de la Fiscalía y a modificar aquellos procedimientos que marginan al Ministerio Público de la conducción efectiva de la investigación, señaladamente el tributario y los modelos de colaboración eficaz. La policía es del caso enfatizar, es un auxiliar de la administración de justicia y, por ello, se limita a actuar a prevención en aras de una pronta intervención directiva e la Fiscalía.

6. Otro tema que me parece clave para “poner en su puesto al Ministerio Público” –según frase de Canelutti– tiene que ver con la consideración legal de los actos de la Fiscalía, si puede generar actos de prueba, pareciera que el Decreto Legislativo 124, al modificar el Art. 72 del Código Procesal Penal de 1940, considera que la presencia del Fiscal en una diligencia preliminar da a ese acto valor de prueba, susceptible de analizarse con arreglo al criterio de conciencia. De hecho nuestra jurisprudencia no ha creído necesario analizar la corrección constitucional de esa referencia normativa.

Los actos de prueba, enseña Gimeno Sendra¹¹, requieren el cumplimiento de un requisito subjetivo y otro de carácter objetivo. Conforme al primero de ellos, la prueba ha de ser intervenida por un órgano institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, lo cual tan sólo puede suceder con los órganos jurisdiccionales y en especial el juez o tribunal sentenciador (principio de inmediación). En base al segundo de ellos, la prueba requiere necesariamente la instauración del contradictorio, de tal suerte que, tal como dispone el Art. 6.3.d Comisión Europea de Derechos Humanos –Art. 8.2.F. Comisión Americana de Derechos Humanos– pueda el acusado y su abogado interrogar directamente a los intervinientes en la prueba. Es obvio que en determinados actos dirigidos por el fiscal puede instaurarse el contradictorio, pero lo que no puede cumplir el Ministerio Público es el primer requisito, puesto que siendo un órgano encargado de la persecución no tiene la suficiente independencia frente al imputado; es parte acusadora en el proceso.

Sin embargo, sostener que el Ministerio Público –y en cascada la Policía– no pueda generar actos de prueba, no significa necesariamente que le esté vedada la actividad de “asegurar las futuras fuentes de prueba”. El denominado “peligro en el retardo” por la llegada del juez al lugar de los hechos, obliga a una fórmula legal que impida que desaparezcan las futuras fuentes de prueba. Por ello es que el derecho comparado confiere cierto

¹¹ Gimeno Sendra, Vicente y otros. “El nuevo Proceso Penal”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1989; pp. 80-81.

recogidos de los hechos...
derse a aquellos actos que importen limitación de derechos fundamentales bajo reserva judicial (interrogatorio del imputado, registro domiciliario, intervención corporal, etc.). Tratándose de diligencias de incautación, detención en flagrancia, allanamiento de oficio, actas de pesaje, inspección técnico-policia, su consideración probatoria está condicionada, como es obvio, a su carácter documental y sobre todo al ulterior interrogatorio del policía en el acto oral, lo que permitirá a la defensa del acusado someterla a contradicción¹².

7. Lo expuesto importa dinamizar la reforma del proceso penal. Es sabido que el encargo al Ministerio Público de la etapa de investigación del delito y la administración del principio de oportunidad reglada tienden no sólo a desformalizar la instrucción haciendo más célebre el proceso penal, sino a seleccionar para el juicio aquellos hechos de determinada entidad y contenido de injusto. Igualmente, la potenciación de los sistemas de transacción procesal penal (conformidad, terminación anticipada y colaboración eficaz) y la configuración de procedimientos simplificados para delitos de escasa entidad (decreto penal de condena) y de comisión flagrante, tiende a una respuesta procesal más célere. Sin embargo, la búsqueda de celeridad no puede ir en desmedro de los derechos individuales de los imputados y, menos, a expandir irrazonablemente los poderes del Ministerio Público, pues ello lesionaría la garantía de igualdad de armas y los principios acusatorio y contradictorio.

La celeridad es, en todo caso, el resultado de un modelo organizacional eficiente, un adecuado sistema de directivas o instrucciones de la Fiscalía de la Nación, un apoyo presupuestario consistente, un sistema de inspección –preventivo y represivo– muy elaborado que mida la producción y la productividad de las unidades de la Fiscalía y detecte a tiempo las trabas, disfunciones o irregularidades del personal, y un sistema legal flexible que se amolde a las necesidades del país.

Creo que, a final de cuentas, existe un espacio muy amplio para que el reformador actúe en la dirección correcta. Si se tienen recursos y existe suficiente imaginación es posible fortalecer la Fiscalía. Si se asumen los valores democráticos es posible cumplir las metas del programa procesal que fija la Constitución. En suma si se quiere ser independiente y ocupar un espacio institucional adecuado al Ministerio Público, resultará inevitable propiciar un sistema acusatorio de enjuiciamiento.

¹² Burgos Ladrón de Guevara, Juan. "El valor probatorio de las diligencias sumariales en el Proceso Penal español". Ed. Civitas. Madrid; p. 198.