

¿Policialización de la investigación en el Código Procesal Penal?

Desiderátum o razón del Proyecto de Ley 5026/2020-CR

1.1. Sumario: 1. Introducción, 2. Visión general del Proyecto de Ley 5026/2020-CR, 3. Alcances sobre la investigación criminal, 4. Aproximación a la naturaleza jurídica de la investigación del delito, 5. Exégesis de la cuestión: Policialización de la investigación del delito, 5.1. Generalidades del sistema inglés, 5.2. Generalidades del sistema alemán, 5.3. Generalidades del sistema estadounidense, 5.4. Generalidades del sistema colombiano, 5.5. Generalidades del sistema chileno, 5.6. Generalidades del sistema brasileño, 5.7. Generalidades del sistema mexicano, 5.8. Generalidades del sistema español, 5.9. Generalidades del sistema costarricense, 6. Consecuencias genéricas de la indefinición de roles, 6.1. Informe Defensorial 168: Investigación fiscal no realizada o mal planteada, 6.2. Falta de contrapeso en la investigación, 7. Actuación material investigativa: ¿testigo policial o fiscal? 8. Conclusiones.

A menudo ocurre que, lo que no se estudia no puede entenderse; lo que no puede entenderse no puede modificarse.

1. Introducción

Entendemos por policialización a los amplios o mayores poderes que se otorga a la policía en la investigación del delito, en detrimento de la fiscalía. A raíz de la publicación del Proyecto de Ley 5026/2020-CR., que busca modificar diversos artículos del Código Procesal Penal, preconizando una **indefinición o indeterminación de roles en la investigación del delito**, entonces, surgió la interrogante si tal propuesta legislativa nos lleva a una ¿Policialización de la investigación en el Código Procesal Penal?

La intención policial de modificar la norma adjetiva no es un tema baladí, se arguye que el Decreto Legislativo 957 minimizó la actuación del policía de investigación, trastocó la investigación criminal, trasladando y creando la figura del “fiscal investigador”, éste no tendría la experticia profesional para tal fin lo cual generaría dispraxis investigativa, subsecuentemente, impunidad. Al respecto, en su oportunidad el exfiscal y exdecano del Colegio de Abogados de Lima Pedro Miguel Angulo Arana precisó lo siguiente:

(...) a la Policía Nacional, por mandato constitucional, le corresponde investigar la comisión de los delitos y por ende, cuando realiza o cumple tal función mal se puede decir que lo hace en calidad de auxiliar del fiscal. Ello sucedería, esto es que la policía fuera en auxilio del fiscal, solamente si a este último le correspondería investigar, pero como bien sabemos, ello no es así. Entendiendo que la policía posee el mandato constitucional de efectuar la investigación del delito y el fiscal posee el mandato de conducir tal investigación, consideramos que los autores del código han errado, claramente, en algunas de sus normas. Entendemos que el Código debió respetar el mandato constitucional en que al Ministerio Público se le encarga la dirección más no la realización material de la investigación. De lo dicho, encontramos que cada fiscal

concreto puede orientar la investigación, dar pautas para que se realicen de uno u otro modo los actos de investigación, orientando jurídicamente tales actuaciones o intervenciones, indicando las estrategias de investigación, respetuosas de los derechos del investigado; pero, la Constitución no indica que el fiscal efectuará su propia investigación ni supletoria ni subsidiariamente¹.

Consideramos ha llegado el momento, después de más de 15 años de publicación del Código Procesal Penal poner los ojos en este tema ya que **conducción jurídica no es sinónimo de investigación criminal**, dejar de lado el aporte y debate prolijo generará consecuencias en la población que espera una actuación profesional e idónea de los operadores de justicia, para lo cual el presente trabajo recurrió al estudio concienzudo [fuentes del Derecho], teniendo como resultado que a nivel nacional poco, leve o superficialmente se ha estudiado tal temática, no hay adentramiento de nuestros juristas a resolver tal controversia, solamente apreciaciones subjetivas, nula motivación y falsos protagonismos; sin embargo, sí encontramos información en el derecho comparado, lo cual es una fuente válida de interpretación doctrinal, es decir, en otros países que aplican un nuevo modelo procesal penal similar al nuestro se presentaron también problemas gestándose variopinta solución; el tratamiento singular de juristas de varios países que se presentará a continuación demostrarán que el tema en cuestión no es parvo sino de vital importancia para el éxito y consolidación del Código Procesal Penal, evitando de esta forma superposición de funciones o conflictos entre la policía y la fiscalía.

Sin ánimo de encender la pradera, públicamente se conoció un video en la cual una fiscal se negó a participar en diligencias y declaración de detenidos a pedido de un policía de la Comisaría de Santa Bárbara, respecto al caso del “Cogotero del jirón de la unión”, verbalizando la siguiente expresión: “te estoy diciendo que no voy a participar, en las diligencias que voy a participar son las urgentes”, “lo que quieres es fastidiarme, me estas fastidiando, no voy a hablar nada más contigo²”. Existe múltiple casuística que demuestra la indefinición de roles, no se comprende como estos dos operadores de Juliaca frente a detenidos muestran falta de coordinación, respeto, desconocimiento del nuevo modelo y demás que obviamente generará consecuencias fatales para la investigación.

Es innegable, ¡por favor!, no seamos ajenos a nuestra realidad, los policías investigadores [especialistas] creen y afirman que los roles en la investigación no están definidos por diversos motivos, visitando una comisaría lo descubriremos; los fiscales ahora se dicen o presumen ser dueños, amos, directores, jefes, etc., es decir, expertos en investigación criminal.

¹ Angulo Arana, Pedro Miguel. *La Investigación del Delito en el Nuevo Código Procesal Penal*. Primera edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 46.

Tal jurista también precisó que la “Policía no estuvo presente durante los debates que se dieron respecto a la adopción del nuevo modelo procesal penal, lo cual ha motivado a que se pierda tiempo y deba efectuarse un esfuerzo extra en dinamizar los entendimientos y la colaboración entre ambas instituciones [se refiere a la PNP y el Ministerio Público], encargadas de la persecución del delito, en bien de la sociedad”. Angulo Arana, Pedro Miguel. *La Investigación del delito, el fiscal y la policía*. Lima: Gaceta Penal & procesal penal, Tomo 24, 2011, p. 214.

² Hugo Supo. “Juliaca: se difunde vídeo donde se aprecia a fiscal negándose a participar de diligencias”. En <https://diariocorreo.pe/edicion/puno/juliaca-se-difunde-video-donde-se-aprecia-fiscal-negandose-participar-de-diligencias-779128/?ref=dcr> [Consulta: 29 de abril de 2020].

Debemos fijar enfáticamente que nuestro afán jamás es minusvalorar o desconocer la labor importante de la fiscalía, su **rol constitucional es trascendental**, titular de la acción penal pública, conduce jurídicamente la investigación del delito desde su inicio, a su lado está la policía que cumple una de función investigación criminal, pero, como quiera que ambos actúan en las pesquisas investigativas se creó lamentablemente una problemática que tiene que ser visibilizado y enfrentar con mecanismos legales que solucionen y fortalezcan realmente la labor del binomio fiscal-policía.

Afirma Cardoso que “en el proceso penal quien de verdad soporta el peso de la investigación es la policía: son los verdaderos especialistas en este aspecto, dotados de una estructura preparada, especialización”³, lo cual corrobora Horvitz & López al afirmar que a la policía “se la define como verdadera gestora de las investigación, destacando su dominación fáctica de la fase preparatoria del proceso penal”⁴, a la vez, Morales & Welsch afirman que “el Ministerio Público tiene a su cargo la dirección de la investigación, cuya ejecución material corresponderá a las policías”⁵, anotado también por el excongresista Torres quien precisa “es el Fiscal el que, a nivel de investigación, conduce a la Policía Nacional Especializada sobre la mejor manera de procurarse de las pruebas que sean menester. Esto no significa, por supuesto, que él se convierta en el super detective”⁶.

Precisa el maestro San Martín que “los actos de investigación policial se desarrollan durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria; desde luego, la Policía no tiene límites para realizar actos de investigación, en tanto pretenda obtener información y evidencias relevantes para la determinación de la realidad de un delito y de quiénes están involucrados en su comisión”⁷; por otro lado, el jurista Neyra indica que “la actuación policial tiene un campo de acción mayor que el de la actividad fiscal porque su actuación de oficio no está limitada al conocimiento de los delitos sino que se debe, por mandato legal, por propia iniciativa tomar conocimiento de los mismos en el marco de sus funciones, sin necesidad de solicitar permiso al Ministerio Público, siempre que no afecte los derechos fundamentales de la personas y no se caiga en abusos”⁸.

En Costa Rica, conscientes de que el abordaje tanto eficiente como efectivo de la criminalidad depende de una armoniosa relación entre fiscales y policías, del trabajo en equipo y del análisis profesional de los casos, aprobaron el *Protocolo de actuación para la aplicación de la Dirección Funcional*, citándose en una de sus partes lo siguiente: “el fiscal ejerce la función de dirección de la investigación. Por

³ Cardoso Pereira, Flavio, *Agente infiltrado. Desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, Segunda edición. Lisboa: Editorial Juruá, 2016, p. 185.

⁴ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I*. Primera edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 173.

⁵ Morales Peilard, Ana María y Welsch Chahúan, Gherman. *El reconocimiento de imputados en Chile y a nivel comparado*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana, p. 11.

⁶ Torres Caro, Carlos Alberto. *El Fiscal y la Práctica Procesal Penal*. Tercera Edición. Lima: Jurista Editores, 2004, p. 25.

⁷ San Martín Castro, César Eugenio. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Primera Edición. Lima: Grijley, 2012, p. 258.

⁸ Neyra Flores, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & De Litigación Oral*. Primera Edición. Lima: IDEMSA, 2010, p. 283.

dirección debe entenderse la responsabilidad de guiar u orientar, jurídicamente, la investigación de la Policía Judicial a la obtención de prueba procesalmente.lícita, válida, útil y pertinente. La orientación jurídica comprende la valoración de las implicaciones procesales y sustanciales de los actos a realizar⁹.

En el modelo inglés, el Código de los Fiscales de la Corona¹⁰ (THE CODE FOR CROW PROSECUTORS) desarrolla también cómo se debe entender el tema de estudio, citando taxativamente lo siguiente:

3.2. La policía y el resto de funcionarios habilitados para ello son los responsables de hacerse cargo de la investigación sobre cualquier presunto hecho delictivo y decidir los medios de los que hacer uso para el cumplimiento de esta finalidad; esto se extiende a las decisiones necesarias sobre cómo comenzar o proseguir una investigación y las cuestiones relativas al alcance que han de dar a la investigación. Los fiscales a menudo asesoran a la policía y a otros investigadores sobre las posibles líneas de investigación y acerca de los requisitos de las distintas diligencias de investigación, a su vez, le asisten con los procedimientos previos al inicio del proceso. En investigaciones a gran escala, el fiscal puede ser consultado para que exponga su punto de vista sobre la estrategia a seguir en la investigación, incluyendo las decisiones para perfilar o delimitar el ámbito de la conducta delictiva y el número de sospechosos investigados. Esto ayudará a la policía y a otros inspectores a completar la investigación dentro de un periodo de tiempo razonable, así como a elaborar la acusación con la máxima eficacia. Sin embargo, los fiscales no tienen potestad alguna para imponer su criterio a la policía ni a otros investigadores.

Entonces, el presente trabajo desentraña el tema en ciernes lo cual nos lleva a concluir y afirmar que en el Proyecto de Ley 5026/2020-CR., no existe la policialización de la investigación en el Código Proceso Penal, sí existe un trabajo arduo para nuestros legisladores ya que el ser humano es perfectible más no perfecto, las ideas son perfectibles, cualquier norma es perfectible, advertimos, nada es perfecto, todo es perfectible, el desiderátum policial resulta razonable por las consideraciones que aquí se plasman, el modelo procesal penal requiere y urge de una modificación, la razón nos dice que otorgar exceso de poder a un solo órgano no es una buena decisión [prevención, investigación, acusación, criminalística] muchas veces no termina bien por decirlo menos, se debe buscar que este tema sea debatido con ideas claras, conceptos, argumentos de tal forma que se llegue a un acierto que de una vez por todas absuelva esta indefinición o indeterminación de roles, observando las fuentes del Derecho y vinculándolo idóneamente a nuestra realidad peruana de cara al Bicentenario.

2. Visión general del Proyecto de Ley 5026/2020-CR

El Perú, por estos días la población viene acatando el estado de emergencia dispuesto por el Gobierno, ante la pandemia mundial conocida como el Covid-19, lo cual ha conllevado a observar el aislamiento e inmovilización social obligatorio; en tal

⁹ Ministerio Público de Costa Rica, *Protocolo de actuación para la aplicación de la Dirección Funcional*. San José, 2011, p. 3. Disponible en <https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/index.php/instructivos-de-la-fiscalia-general/category/104-instructivos-generales-2012?download=1385:ig-01-2012> [Consultado el 22 de abril de 2020]

¹⁰ Damián Moreno, Juan. *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*. Primera edición. Madrid: Editorial DYKINSON, 2014, p. 135.

coyuntura, el último 16 de abril, congresistas integrantes del grupo parlamentario Podemos, presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley 5026/2020-CR., que busca modificar diversos artículos del Código Procesal Penal.

El referido proyecto está referido mayoritariamente a “**definir**” los roles del fiscal y la policía en la investigación del delito, incidiéndose que existiría una indefinición o indeterminación de roles, postulándose modificar los incisos 1, 2, 3 y 4 e incorporar el inciso 5 al artículo IV del Título preliminar, a la vez, modificar el inciso 2 de los artículos 60 y 61; los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 65; el inciso 2 del artículo 67; el literal l) del inciso 1 y el inciso 2 del artículo 68; el literal d) del artículo 71; el inciso 2 del artículo 173; los incisos 1, 3, 4 y 5 del artículo 205; los incisos 1 y 2 del artículo 206; el inciso 3 del artículo 223; los incisos 3 y 4 del artículo 259; el inciso 4 del artículo 261; el inciso 3 del artículo 264; el inciso 1 del artículo 269; el inciso 1 del artículo 322; los incisos 1 y 2 del artículo 330; los incisos 2 y 3 del artículo 332; asimismo, incorporar el inciso 4 al artículo 332, del Decreto Legislativo 957.

3. Alcances sobre la investigación criminal

A diario se presentan una serie de delitos y faltas, entonces, frente a la comisión de un hecho delictuoso ¿Qué conocimiento se aplica para su investigación? La respuesta es la ciencia de la investigación criminal.

La averiguación del delito se desarrolla a cargo de pesquisas o pesquisadores de investigación criminal. En nuestro país, el conocimiento de investigación criminal en los estudios de pregrado y posgrado es casi inexistente, excepto en la formación policial (nivel universitario y técnico), existen también aisladamente algunos diplomados o cursos vinculados a tal materia.

La organización del quehacer policial en el ordenamiento legal peruano, respecto a su actuación policial investigativa, la encontramos en el Decreto Legislativo 1267 y su Reglamento, Decreto Supremo 026-2017-IN, ahí se precisa taxativamente la especialidad de investigación criminal.

La investigación criminal es el método, técnico, científico, que realiza materialmente el investigador al conocimiento de un hecho delictuoso *-notitia criminis-* (delito o falta), con la finalidad de descubrir al autor o presuntos autores, partícipes y toda persona involucrada en un hecho presuntamente ilícito; ulteriormente, eleva al fiscal un *Informe policial* fruto de la investigación de los hechos.

En el proceso penal reformado en el Perú pocos especialistas se han adentrado en la relevancia de la investigación criminal en la implementación del Decreto Legislativo N° 957, no existe ningún protocolo, directiva, manual u otro que desarrolle el disloque de la doctrina en tal materia. Existen algunos estudiosos que afirman que para investigar no se requiere mayor especialidad sino un buen sentido común, otros, aseveran que las exigencias del proceso penal reformado ha cambiado, enmarcándonos en un proceso más garantista, algunos refieren que la investigación requiere mucha creatividad, otros que no se requiere mayor marco doctrinario de referencia que una buena iniciativa subjetiva, en fin existen una serie de postulaciones sin arribar o preconizar realmente a una verdadera investigación criminal bajo estándares idóneos en el proceso penal reformado, ya que la

investigación criminal ayer, hoy y siempre será doctrina y método científico aplicado a la investigación de los hechos.

La investigación criminal ha sufrido trascendentales cambios en el nuevo proceso penal reformado, si antes se detenía para investigar, hoy se investiga para detener; la “confesión” del modelo inquisitivo ha quedado en los anales de la historia policiaca, hoy se respeta el derecho al silencio y la libre voluntad de manifestar con asesoramiento legal; ayer se hacía vigilancias de personas sin mayores reparos a los derechos fundamentales, hoy se ejecuta bajo un mandamiento judicial con las garantías de Ley; es decir, la investigación criminal ha cambiado, es ahora más técnica y científica. Es técnica ya que conlleva una serie de pesquisas especiales de acuerdo al delito por investigar, tales técnicas investigativas requieren un alto profesionalismo policial, dentro de las conocidas están las vigilancias, el manejo de la escena del delito, el interrogatorio, la inspección técnico policial, la labor de los analistas, etc. Y es científica porque se vale de las ciencias diversas para esclarecer un hecho, por ejemplo la medicina, ingeniería, química, arquitectura, informática, etc.

La investigación criminal tiene un parangón con la investigación científica, sigue un método, no es al azar, no es subjetiva, es profesional, especializada, conocido un hecho con características de delito se plantean hipótesis, se produce un trabajo de campo y gabinete, se arriban a conclusiones las mismas que luego se difunden al usuario competente, mayormente la Fiscalía.

Consideramos que la investigación criminal tiene por objetivo buscar la verdad histórica de los hechos [verdad material; verdad formal o certeza], se refieren a los actos, ocurrencias que se presentan ante la comisión de un hecho delictuoso -notitia criminis-, la investigación ex post facto es la que se aplica después de conocido un hecho, nos permite conocer las características de cómo se suscitaron los hechos, ¿Qué sucedió?, ¿Quién lo cometió?, ¿Cómo lo cometió?, ¿Cuándo lo cometió?, ¿Dónde lo cometió?, ¿Por qué lo cometió?, ¿Para qué lo cometió?, el resultado de estas interrogantes se plasman en el Informe Policial.

Es ampliamente conocido que es materialmente imposible realizar una calificación jurídica ante una débil investigación, los hechos no se pueden simular o imaginar, tarde o temprano se pasará “factura” ante una investigación no especializada, he ahí la relevancia de la investigación criminal. La dispraxis en investigación criminal no está permitida en el nuevo modelo procesal penal.

En el contexto internacional, para el estudioso colombiano López Calvo la investigación criminal “debe entenderse las actividades, tanto de carácter operativo como de inteligencia, que estando amparadas por la ley, se desarrollan a partir del conocimiento de que se ha producido una conducta punible y que tiene por objeto practicar las diligencias pertinentes y útiles para determinar las causas, motivos y móviles, que originaron el crimen o delito, y el grado de responsabilidad de sus autores”¹¹, estas actividades deben desarrollarse en forma mancomunada, es decir un binomio Fiscal-Policía, al respecto el maestro Roxín precisa que “para la

¹¹ López Calvo, Pedro. *Investigación Criminal y Criminalística, Aplicadas al sistema penal con tendencia acusatoria*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. 131.

realización del procedimiento de investigación preliminar la fiscalía tiene a su disposición, ante todo, a la policía, pues la fiscalía, como tal, no tiene órganos ejecutivos; es una “cabeza sin manos”¹².

Para González Monguí la investigación criminal es un “proceso racionalmente orientado a obtener conocimiento objetivo acerca de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió uno o sucedieron varios hechos, que pueden constituir una o varias conductas punibles, y a la identificación o individualización del autor o autores y partícipes, como también al establecimiento de su responsabilidad penal, mediante el recaudo y análisis de elementos materiales probatorios en forma directa o con el apoyo de la ciencia y la técnica forenses”¹³.

A decir de *Carranza Piña* citado por *Arciniegas Martínez* la investigación criminal es un “conjunto de saberes interdisciplinarios y acciones sistemáticas integradas para llegar al conocimiento de una verdad, relacionada con el fenómeno delictivo. La actividad investigativa constituye el mecanismo legal en la búsqueda de la verdad material de unos hechos planteados como hipótesis delictiva. Es el conjunto de diligencias como indagaciones, labores de inteligencia y pesquisas, tendientes a establecer una conducta punible, a identificar y localizar a sus autores y partícipes y allegar los elementos materiales de prueba. El objeto de la investigación de conductas delictivas es establecer un hecho o fenómeno; establecer sus autores o partícipes y reunir los elementos materiales de prueba”¹⁴.

En opinión de Valderrama Vega, la investigación criminal es el “conjunto de diligencias, indagaciones y pesquisas, tendientes a establecer un hecho criminal, a identificar y localizar a sus autores o partícipes y a allegar los elementos de prueba de su presunta culpabilidad”¹⁵.

Por su parte Puerta León, indica que la investigación criminal “es la encaminada a conocer las causas que provocan una conducta delictiva y sus autores o responsables. Su marco teórico consiste en dar a la investigación un sistema coordinado y coherente de conceptos y proposiciones que permitan abordar el problema a resolver. Es un conjunto de saberes interdisciplinarios y acciones sistemáticas integradas para llegar al conocimiento de una verdad relacionada con el fenómeno delictivo, aplicados a través del método científico. El método científico tiene las siguientes fases: planteamiento del problema, observación del fenómeno, análisis e interpretación de datos, elaboración de hipótesis, juicio crítico”¹⁶.

4. Aproximación a la naturaleza jurídica de la investigación del delito

¹² Roxin Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 57.

¹³ González Monguí, Pablo Elías. *La Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007, p. 118.

¹⁴ Arciniegas Martínez, Augusto. *Policía Judicial y Sistema Acusatorio*. Tercera edición. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 698.

¹⁵ Valderrama Vega, Enrique. *La Investigación Criminal en el Sistema Acusatorio*. Tercera edición. Colombia: Ediciones Jurídica Radar, 2005, p. 15.

¹⁶ Puerta León, Heriberto. *La Investigación Criminal en el Sistema Penal Acusatorio*. Primera edición. Colombia: Editorial LEYER, 2009, p. 75.

Derechamente, *ab initio*, debemos observar la enunciación taxativa que desarrolla nuestra Carta Magna, donde encontramos los términos conducir, investigación e investiga, de ahí más adelante buscaremos una interpretación que permita dar mayores luces sobre esta controversia, a saber:

Tabla 1

Términos rectores en la Carta Magna

Ordenamiento legal	Operador	Describe taxativamente
Constitución Política del Perú	Ministerio Público	Artículo 159.- Atribuciones del Ministerio Público Corresponde al Ministerio Público: 4. 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.
Constitución Política del Perú	Policía Nacional	Artículo 166.- Finalidad de la Policía Nacional La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras. <i>Negrita nuestra</i>

Nota: Apreciamos que el legislador empleó términos específicos como conducir, investigación e investiga para estos operadores de justicia.

En este contexto, resulta necesario recurrir al Decreto Legislativo 052, Ley orgánica del Ministerio Público, donde nítidamente se precisan los términos vigila, interviene, realizan, investigación, orientándola, supervigila, relacionados a la relación fiscal y policía en la investigación del delito, a saber:

Tabla 2

Términos rectores de la fiscalía

Ordenamiento legal	Sumilla	Describe taxativamente
	Intervención del Ministerio Público en	Artículo 9.- El Ministerio Público, conforme al inciso 5 del Artículo 250 de la Constitución Política, vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. Con ese objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación . El Ministerio Público interviene en ella orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y la supervigila para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio

Ley orgánica del Ministerio Público	etapa policial	oportuno de la acción penal. Igual función corresponde al Ministerio Público en las acciones policiales preventivas del delito. <i>Negrita nuestra</i>
-------------------------------------	----------------	--

Nota: Apreciamos los términos vigila, interviene, realizan, investigación, orientándola, supervigila, vinculados a la intervención fiscal en la etapa policial de investigación.

Nótese que los términos precisados líneas arriba no fueron desarrollados o reglamentados por el legislador y quizá no tendría por qué hacerlo, pero dada la problemática actual tales expresiones requieren interpretación a la luz de las fuentes del Derecho, consideramos que no pueden ser tomadas como sinónimos, sino, como expresiones diferentes, para organizaciones con dependencia y función diferente, relacionadas transversalmente por el eje de la investigación, por cuanto la conducción e investigación apuntan a un mismo fin, pero, jamás como duplicidad o superposición de funciones¹⁷. El diccionario de la Real Academia Española ilustra claramente que no existe tal sinonimia, sino, apreciamos a continuación tal diferenciación, a saber:

Tabla 3

Términos explicados por el diccionario de la Real Academia Española

Carta Magna	Verbos	Interpretación
Artículo 159.- Atribuciones del Ministerio Público 4. 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.	Conducir	<p>Conducir:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Guiar o dirigir hacia un lugar. - Guiar o dirigir a un objetivo o a una situación. - Guiar o dirigir un negocio o la actuación de una colectividad. <p>Guiar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ir delante mostrando el camino. - Dirigir a alguien en algún negocio. - Dicho de una persona: Dejarse dirigir o llevar por otra, o por indicios, señales, etc. <p>Dirigir:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Guiar, mostrando o dando las señas de un camino. - Encaminar la intención y las operaciones a determinado fin. - Aconsejar y gobernar la conciencia de alguien. - Orientar, guiar, aconsejar a quien realiza un trabajo.
Artículo 166.- Finalidad de la Policía Nacional La Policía Nacional tiene por finalidad		<p>Investigar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Hacer diligencias para descubrir algo. - Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia.

¹⁷ Al respecto, debemos tener presente la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, Ley 27658, Artículo 5.- Principales acciones. El proceso de modernización de la gestión del Estado se sustenta fundamentalmente en las siguientes acciones:

(...) d. Mayor eficiencia en la utilización de los recursos del Estado, por lo tanto, **se elimina la duplicidad o superposición de competencias, funciones y atribuciones entre sectores y entidades o entre funcionarios y servidores.** *Negrita nuestra*

fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.	Investigar	- Aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente.
		Hacer: - Producir algo, darle el primer ser. - Fabricar, formar algo dándole la forma, norma y trazo que debe tener. - Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo.
		Realizar: - Efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción. <i>Negrita nuestra</i>

Nota: Apreciamos la explicación o definición que desarrolla el diccionario de la Real Academia Española respecto a los términos en controversia. Recuérdese que los verbos son palabras que indican una acción, estado o proceso. El infinitivo es una forma no personal del verbo cuya terminación en español es ar, er, ir. Léase **acción** como el resultado de **hacer**.

Como apreciamos en el diccionario de la Real Academia Española los verbos “conducir” e “investigar” **no son sinónimos**, no queda duda que el legislador no quiso instaurar dos órganos del Estado en la investigación del delito [para que hagan lo mismo], es decir, si en el modelo anterior se fustigaba que el Juez cumplía doble función (investigación y sentencia), ahora no cabría endilgar a la fiscalía función de investigación más acusación, esta doble función vigente en el Perú colisionaría con su rol de objetividad e imparcialidad ya que al investigar y dar su punto de vista de los hechos materia de investigación difícilmente podrá acusar desligándose de apasionamientos y sentimientos que captó materialmente sobre lo que investigó.

La objetividad es cualidad de lo objetivo, la actuación **fiscal corresponde a conducción y control jurídico de la investigación** de tal forma que su actuación resulte con independencia de manera de pensar, y no contaminarse con actos de investigación material, su actuación debe ser imparcial, la indagación de los hechos constitutivos de delito, que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado no necesariamente corresponden materialmente al fiscal, es cierto nuestra norma adjetiva peruana lo autoriza taxativamente, pero, es un tema que valdría analizar, no con fines de contrarreforma, sino para quizá adentrarnos en un verdadero modelo procesal penal acusatorio, con órganos independientes y especializados, en la investigación, acusación y sentencia (policía, fiscalía y juez, respectivamente).

5. Exégesis de la cuestión: Policialización de la investigación del delito

En el proceso penal peruano, es una obligación constitucional para el Ministerio Público, “Conducir desde su inicio la investigación del delito”, y para la Policía Nacional se establece que “Previene, investiga y combate la delincuencia”, diáfananamente apreciamos que se emplean términos como “conducir”, “investigación” e “investiga”, relacionados a dos operadores de justicia: Fiscal y Policía, cuestión que

desde la puesta en vigencia del Decreto Legislativo N° 957 ha traído una serie de aspectos problemáticos, según algunos juristas locales la policía no habría recibido con agrado el rol del fiscal mostrándose disconforme con sus potestades, por lo cual se asevera que los policías apuntan a la contrarreforma ya que pretenden seguir haciendo las investigaciones como el modelo inquisitivo, no quieren ser controlados, arguyéndose que ahora los fiscales son los dueños, amos, directores, jefes, etc., de la investigación y que los policías no entienden testarudamente el cambio del modelo, ahora son subordinados, auxiliares, colaboradores y que ya no tienen a cargo la investigación, la perdieron.

En tanto, la norma adjetiva no desarrolla o reglamenta que se debe entender por “conducción, control jurídico, investigar o investigación”, se buscó conocer qué se debe entender por tales expresiones vinculadas a la investigación criminal, la misma que desarrolla la Policía en función de investigación, notándose que en todos los países adentrados en un nuevo modelo procesal penal acusatorio y/o adversarial (Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, Italia, México, El Salvador, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile, Uruguay, Paraguay, Argentina, etc.), han presentado problemas en la relación Fiscal-Policía, pero, claro está con su arista diferenciada, por el tipo de Estado, la unicidad o pluralidad de policías, el nacimiento o reforma de la labor fiscal [en México el fiscal gozó de muchas atribuciones; en Chile con la dación del Código nació tal institución], la debilidad de la investigación criminal, etc., surgiendo con ello diversas interpretaciones al respecto, existiendo variopintas soluciones que muy bien podrían aplicarse o tomar como referencia para generar un idóneo modelo peruano acorde a nuestra realidad.

Las leyes procesales de los países regulan la actividad preparatoria del proceso penal, atribuyéndole naturaleza pública, considerándola como investigación criminal, investigación preparatoria, investigación preliminar, averiguación previa, indagación, investigación penal, investigación pre-procesal; *procedimiento preliminar* en España, *enquête préliminaire* o *instruction préparatoire* en Francia, *indagini preliminari* en Italia, *ermittlungsverfahren* o *vorverfahren* en Alemania, *procedimento judicial pré-processual* en Portugal o *inquérito policial* en Brasil, etc., lo cual responde a cuestiones evidentes: La Investigación, lo mismo que una norma adjetiva no puede prescindir de su regulación, justificándose con ello la investigación criminal, como doctrina especializada para el descubrimiento de los hechos. La investigación criminal no ha sido abordada por los estudiosos de cara a la implementación del proceso penal reformado. Hablar o escribir sobre la polémica entre la conducción jurídica y la investigación criminal resulta controversial en nuestro país y en el derecho comparado, cuestión que no se han adentrado las publicaciones jurídicas en el Perú, sabiéndose la importancia de la investigación criminal en el descubrimiento de los hechos, ya que sin una investigación prolija difícilmente se podrá postular una idónea acusación bajo los estándares que el modelo procesal exige.

A continuación, presentamos una interpretación doctrinal¹⁸ de destacados juristas que nos permitirá vislumbrar una correcta interpretación sobre la temática en cuestión, a saber:

5.1. Generalidades del sistema inglés

Desde ya se concibe que el sistema judicial inglés haya representado el paradigma del sistema acusatorio, cuyos principios esenciales han traspasado las fronteras y han servido de modelo en que se sean visto reflejados muchos ordenamientos [EE.UU.], difundiéndose hoy que vivimos en una “americanización” del derecho procesal penal en gran parte del mundo, lo cual ha llevado a una crisis de identidad en los países por la transculturación de tal modelo procesal, por los usos y costumbres diferenciados que claro está existen en cada uno de nuestros países.

A decir de Cuadrado, la policía controla y dirige la investigación de los delitos ya que la CPS no tiene potestad investigadora, solamente acusadora, específicamente precisa lo siguiente:

En Inglaterra, la investigación de los delitos comunes ha sido controlada y dirigida por la Policía hasta el 2004. La creación a finales de los años ochenta, de la Fiscalía no modificó ni alteró los poderes y el control del órgano policial en dicho ámbito; sino que se creó como un órgano de la acusación pública con la finalidad de poner fin a la función “acusadora” de la Policía, permitiéndose, de este modo, que la decisión sobre el sostenimiento de la pretensión acusatoria se realizase por una órgano imparcial e independiente de aquel que había investigado el hecho delictivo (...) se creó un CPS sin potestad investigadora, sin posibilidad de asesoramiento sobre las posibles líneas de investigación, y, además, sin decisión sobre la posible incoación del proceso penal correspondiente. Cuestiones todas ellas se han permanecido en el ámbito competencial de la Policía Inglesa¹⁹.

Por su parte Armenta, indica que la policía tiene todo el peso de la investigación, citando específicamente lo siguiente:

Actualmente en Gran Bretaña la policía lleva todo el peso de la investigación, lo que permite cernir dudas sobre la efectiva separación entre investigación y acusación. Organizada localmente, goza de independencia funcional y disfruta de un amplio margen de libertad de criterio acerca de cuándo y cómo iniciar el proceso penal, reforzado por la “caution” y el “guilty plea²⁰”. La acusación es en nombre de la Corona, generalmente de la policía (...) El juicio de acusación en Inglaterra, originariamente discrecional y atribuido a la policía, encuentra, desde la creación del Crow Prosecution

¹⁸ Interpretación doctrinal. La explicación técnica o práctica que de los textos legales o de las obras jurídicas clásicas hacen los autores modernos, los juristas, autores, tratadistas, comentaristas y ensayistas, explicando, restringiendo o ampliando el sentido del pensamiento legislativo o de un célebre jurisconsulto. En Cabanellas Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 25° edición. Buenos Aires: Editorial Eliasta, 1997, p. 475.

¹⁹ Cuadrado Salinas, Carmen. *La Investigación en el Proceso Penal*. Primera edición, Madrid: Editora La Ley, 2010, p. 138; 218.

²⁰ La “**caution**” (amonestación formal sin consecuencias jurídicas) opera como alternativa para el ejercicio de la acción penal, cuya aplicación usa discrecionalmente la policía. El “**guilty plea**” (admisión de los cargos formulados) permite que la policía no tenga que llevar a juicio un importantísimo porcentaje de casos.

Service, algunas limitaciones, ya que este último puede instar a la policía a adquirir más elementos de prueba incluso puede desistir del ejercicio de la acción sin el consentimiento de aquélla, ocupándose de la dirección técnica de la acusación obligatoriamente (...) En los EEUU la investigación se encomienda a la policía con total autonomía, presentando el resultado al fiscal, quien debe analizar las posibilidades de condena, como aspecto fundamental del juicio de la acusación²¹.

Al respecto Damián, ilustra que está vedado a la CPS interferir en la labor investigativa de la policía, enunciando la precisión siguiente:

Desde el punto de vista de su sustanciación procesal, la fase previa está, muy estandarizada: una vez que la policía remite el atestado, es labor del *prosecutor* verificar si existen elementos para ejercitar la acción penal e iniciar el procedimiento o, en su caso, decidir si considera conveniente proseguir con la investigación. La actividad del acusador público inglés ha estado asociada originariamente al ejercicio de una función netamente procesal y no le compete investigar. Así pues, no es un *fact-finder*, ya que esta actividad ha quedado reservada a la policía, aunque como veremos, si bien al *CPS* le está vedado interferir en la labor que lleva a cabo la policía, sin embargo puede dar instrucciones o aconsejar acerca de dónde ha de orientar la investigación²².

Los fiscales revisan cada caso que les remita la policía y el resto de encargados de la investigación; dicha revisión supone un proceso continuado, en el que los fiscales deben tomar en consideración cualquier modificación en las circunstancias que concurren conforme el caso se va desarrollando, incluyendo los aspectos que les sean puestos de manifiesto por la defensa. Siempre que le sea posible, los fiscales deberán ponerse en contacto con el investigador cuando se planteen modificar la acusación o archivar el caso. Los fiscales y los investigadores trabajan estrechamente, aunque la responsabilidad final de la decisión sobre proseguir o no con el caso recae en el *CPS*²³.

El eminente jurista Díez-Picazo, indica que la policía tiene amplios márgenes de libertad para actuar en la investigación resultando relevante el empleo de las figuras jurídicas *caution* y el *guilty plea*. Sobre el tema en cuestión precisa lo siguiente:

El carácter discrecional del ejercicio de la acción penal se traduce, de hecho, en que la policía disfruta de un amplio margen de libertad de criterio acerca de cuándo y cómo iniciar el proceso penal. Dado que la policía no se halla sometida a una dirección política unitaria, la discrecionalidad no es, en definitiva, sino la imposición en cada distrito policial de las directrices y órdenes del correspondiente jefe de policía. Esta

²¹ Armenta Deu, Teresa. *Sistemas Procesales Penales. La justicia penal en Europa y América Latina ¿Un camino de ida y vuelta?* Primera Edición. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 27.

²² Damián Moreno, Juan. *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*. España: Editorial DYKINSON, 2014, p. 64.

²³ *Ibidem*, p. 140.

discrecionalidad policial en el ejercicio de la acción penal se ve, además, reforzada por dos institutos la *caution* y el *guilty plea*²⁴.

El maestro Roxín, ilustra el tema precisando que la investigación continúa en manos de la policía, derechamente precisa que:

Hasta hace poco tiempo no había en Inglaterra una fiscalía comparable al órgano estatal de persecución alemán. Sin embargo, a partir del *Crown Prosecution Service Act* de 1985 existe ahora también en Inglaterra una autoridad acusatoria estatal bajo la dirección del *Director Of Public Prosecution*. No obstante, el *Crown Prosecution Service (CPS)* es difícilmente comparable a la fiscalía alemana. Si hasta ahora la persecución penal y la acusación eran realizadas predominantemente por la policía, en la actualidad la acusación (*prosecution*) es representada, en general, por los abogados de la CPS. Fuera de ello, existe, además, la acción popular: teóricamente, toda persona puede promover la acusación. Sigue siendo problemático el hecho de que el CPS no cuenta con recursos humanos suficientes –sin miras de cambio- y no dispone de fuerzas de investigación propias. La investigación continúa estando exclusivamente en manos de la Policía y, de este modo, conduce a que el CPS dependa fuertemente de ella²⁵.

5.2. Generalidades del sistema alemán

Desarrolla Heinz Gossel, que la fiscalía investiga poco, la policía ejecuta la investigación, ilustrándonos lo siguiente:

(...) en la mayoría de los casos penales de la praxis forense, el Ministerio Fiscal sólo accede al conocimiento de la existencia de un procedimiento tras la conclusión de las investigaciones policiales: investiga muy poco personalmente, y además no puede modificar demasiado el resultado de la investigación policial practicada (...) En la mayoría de los casos de delincuencia de gravedad media, en realidad, la Policía Criminal se erige en dueño del procedimiento de investigación, por cuanto investiga por sí misma e informa al Ministerio Fiscal de las conclusiones de su investigación (...) se ha propuesto reconocer al Ministerio Fiscal únicamente el derecho de exigir de la Policía Criminal determinadas medidas de investigación, en cuya concreta realización aquél no debiera influir, por su falta de competencia especial y escasa idoneidad profesional para la conducción de la investigación (...) Sobre todo, se ha exigido limitar la facultad del Ministerio Fiscal de dar instrucciones directas a funcionarios individuales de la Policía Criminal, en cuanto tal atribución puede entrar en conflicto con las competencias orgánicas de las autoridades policiales²⁶ (...).

²⁴ Díez-Picazo, Luís María. *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, España: Editorial Ariel, 2000, p. 44.

La *caution* (amonestación formal sin consecuencias jurídicas) opera como alternativa para el ejercicio de la acción penal, cuya aplicación usa discrecionalmente la policía. El *guilty plea* (admisión de los cargos formulados) permite que la policía no tenga que llevar a juicio un importantísimo porcentaje de casos.

²⁵ Roxin Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 583.

²⁶ Heinz Gossel, Karl. *El Proceso Penal ante el Estado de Derecho, Estudios sobre el Ministerio Fiscal y la Prueba Penal*. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY, 2004, p. 53.

El eminente maestro alemán Claus Roxin, nos dice que la actividad policial es intensa en la investigación ya que cuenta con supremacía de personal, criminalística, técnica y tecnología, conoce de las denuncias ya que está cerca de los fenómenos criminales, específicamente desarrolla:

(...) en lo que corresponde al punto de vista general de hoy, la Fiscalía no es la “dueña de la fase de investigación penal” sino que las investigaciones, conforme a la descuidada regulación del § 163 II de la Ordenanza Procesal Penal, son ampliamente ejecutadas por la Policía bajo su propia responsabilidad. Hace algunos años un fiscal superior en Berlín (Brautigam) escribía: “Práctica veterana de la Fiscalía, aquella de negarse a sí misma exhalando la expresión ‘facultad de dirección del asunto’, y pensaba que a lo largo del tiempo ha sido poco frecuente la posición jurídica de un participante procesal tan insípida como la de la Fiscalía”. Los fundamentos para ello son múltiples y aquí solamente pueden ser enumerados: la supremacía personal, criminalística, técnica y tecnología de la policía; la circunstancia de que la mayor parte de las denuncias sean conocidas en la policía y además de esto que la policía opere mucho más cerca de los fenómenos criminales; las investigaciones de campo preliminares de la policía practicadas cada vez de manera más intensa, las cuales deben servir en un sentido preventivo a la lucha contra el delito, pero también deben rendir frutos para la investigación de conductas punibles; igualmente, el hecho de que la Policía esté sujeta formalmente al principio de legalidad, pone en evidencia, pero desde el punto de vista fáctico, la forma en que ella emplea sus recursos, es decir, dónde establece investigaciones intensivas y dónde no; a ello se añade el “dominio de datos” por parte de la policía en el contexto de los cada vez más amplios métodos de investigación apoyados electrónicamente, y también la internacionalización del trabajo de la Policía a través de sistemas como Interpol y Europol le proporcionen una información ventajosa²⁷.

5.3. Generalidades del sistema estadounidense

El jurista Muñoz, en torno al proceso penal estadounidense desarrolla que una investigación criminal “comienza cuando un agente de policía, basado en sus propias observaciones o en información suministrada por medios externos, establece la ocurrencia o probabilidad de acaecimiento de una actividad criminal. La investigación incluye una serie de tareas y acciones tendientes a establecer unas bases razonables que permitan inferir o corroborar el suceso delictivo. No existen, en verdad unos pasos formales de la fase investigativa que deban seguirse, inevitablemente, según la ley, pero sí unos límites en materia de capturas (*arrest*) y en materia de registros, allanamiento e incautaciones (*search and seizure*)”²⁸. Asimismo, precisa lo siguiente:

La captura de un sospechoso no trae, ineludiblemente, la formulación de una imputación con cargos en su contra; en primer término, quien realizó el arresto deberá presentar un reporte o informe del mismo; luego, los superiores de éste oficial analizarán la procedencia del caso; después, es usual que el respectivo informe sea sometido a revisión del fiscal para determinar si el arrestado será o no llevado ante un magistrado, lo cual debe hacerse en un término relativamente corto que varía entre

²⁷ Roxin, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Primera reimpresión. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 33.

²⁸ Muñoz Neira, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Colombia: Editorial LEGIS, 2008, p. 134.

24 y 48 horas según la jurisdicción, y antes de lo cual será necesario presentar ante ese funcionario judicial unos cargos²⁹.

En los Estados Unidos, la investigación se encomienda a la policía con total autonomía, presentando el resultado al fiscal, quien debe analizar las posibilidades de condena, como aspecto fundamental del juicio de acusación. El control sobre la investigación no corresponde directamente al fiscal, utilizando a tal efecto la noción de “*probable cause*”³⁰ empleada por la IV Enmienda de la Constitución. Por lo que respecta a la acusación, tanto Inglaterra como en los EEUU han optado claramente por la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, mientras Inglaterra ha rechazado siempre un régimen de monopolio del ejercicio de la acción penal y no ha creado un ministerio fiscal propiamente dicho, en los EEUU la acción penal no pertenece a los ciudadanos, sino que está legalmente monopolizada por la acusación pública y encomendada a un ministerio fiscal (“*Attorney-General*” en el ámbito federal o “*District Attorney*” en el local). En Inglaterra se acusa en nombre de la Corona, generalmente la policía, y también, si así lo requiere, el *Attorney General*, el *Director of Public Prosecutions* o la *Crown Prosecution Service*³¹.

5.4. Generalidades del sistema colombiano

En el sistema colombiano, la Fiscalía General de la Nación es la encargada de la dirección de la investigación, en tanto los organismos dotados con funciones de Policía Judicial, se responsabilizan de su ejecución.

A decir de Fernández, la Policía Judicial “debe entregar un Informe Ejecutivo al Fiscal competente sobre el inicio de la indagación, para que éste proceda a ratificar los actos realizados, convocar reuniones de trabajo con los miembros de la Policía Judicial y elaborar el “Programa metodológico” a que se refiere el artículo 207 del nuevo CPP. En desarrollo de la función prevista, a la Fiscalía le corresponde la coordinación, control jurídico y verificación técnica-científica de las actividades que desarrolle la Policía Judicial”³².

En esa línea González, precisa que el programa metodológico “es una carta de orientación que traza el fiscal con el equipo de policía judicial, y él mismo se estructura dentro de un esquema fáctico y jurídico, incluyendo una hipótesis en torno a la posible conducta punible, se ocupa de sentar las bases de la investigación y el rumbo inicial que ésta va a tomar. Se trata de un esquema de trabajo, diseñado por el fiscal director de la investigación en compañía con los investigadores que sin duda

²⁹ *Ibíd.*, p. 144.

³⁰ La noción de “*probable cause*” supone la exigencia de “*indicios fiables*” para poder llevar a cabo una investigación y sobre todo para poder solicitar del juez la autorización para limitar algún derecho básico. Implica algo más que la mera sospecha aunque algo menos de la fundada certidumbre, y se traslada de hecho a la vista preliminar como criterio para verificar la admisibilidad de la acción penal que evite un uso abusivo o intimidatorio de la acción penal.

³¹ Armenta Deu, Teresa. *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Una camino de ida y vuelta?* Primera edición. España: Editorial Marcial Pons, 2012, p. 62.

³² Fernández León, Whanda. *Procedimiento penal acusatorio y oral. Volumen I.* Primera edición. Colombia: Editorial ABC, 2005, p. 40.

va a servir para conocer los avances y detalles que se vayan logrando en el decurso de la investigación”³³.

Por su parte Martínez, asevera que el funcionario de policía judicial “es un funcionario cuya labor es de suma importancia en la etapa de la indagación y en la etapa de la investigación. Podemos concretar sus funciones en la asesoría técnica al fiscal y en el cumplimiento de diligencias dentro del ámbito procesal, sea en la indagación preliminar o en la investigación, siempre bajo la dirección y coordinación del fiscal”³⁴.

El exfiscal colombiano González Navarro, desarrolla la relevancia de la actuación policial precisando lo siguiente:

La actividad de actos urgentes, es ceñida a criterios de inmediatez y evolución, por ser de ese talante genera en el investigador de campo y laboratorio autonomía en su rol y no requiere de consultar al fiscal para que le diga si debe o no actuar, precisamente se le denomina a esta labor “actos urgentes” en cabeza de la policía judicial con el fin que salga de inmediato a buscar los medios probatorios legales y que no restrinjan derechos fundamentales, para determinar la existencia de una conducta punible. El acto urgente es una labor de resorte exclusivo de la policía judicial, no puede ser que se califique de urgente el acto de acuerdo al criterio del fiscal o de su asistente, quien tiene que considerar esa urgencia es el policía judicial. No pretendo desconocer la labor de asesoría que preste el fiscal en un momento determinado, sino que el intrínquilis legal está diseñado en que el policía judicial realiza la actividad investigativa frente a esos contenidos fácticos que requieran urgencia³⁵.

La diferencia sustancial entre el sistema inquisitivo, mixto y acusatorio radica en que la investigación la cumplen en toda su extensión los organismos de policía judicial, y ellos le van presentando al director de la investigación (fiscal) los informes llámense de campo, de laboratorio, grupo de tareas especiales y los que vayan surgiendo en la medida en que se adelante la indagación. La labor del fiscal en el sistema acusatorio concretamente durante la etapa de investigación e indagación es la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnica de las actividades que desarrolle la policía judicial³⁶.

5.5. Generalidades del sistema chileno

Al sur del país, en Chile, el jurista Otero preconiza que “la Constitución entrega al Ministerio Público la dirección de la investigación pero no la investigación misma, la que –como quedó constancia de ello en las actas del Senado al aprobar la reforma constitucional- es función propia de la Policía. La dirección implica supervigilancia, control de la investigación, pero no la materialización de la misma. Esto queda entregado a la Policía y a los organismos técnicos. Lamentablemente, los fiscales en demasiadas oportunidades proceden a hacer la investigación en forma personal, con

³³ González Navarro, Antonio Luís. *Manual de procedimiento penal acusatorio*. Primera edición. Bogotá: Editorial LEYER, 2014, p. 490.

³⁴ Martínez Rave, Gilberto. *Procedimiento Penal Colombiano. Sistema Acusatorio*. Decimotercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2006, p. 232.

³⁵ González Navarro, Antonio Luís. *La policía judicial en el sistema penal acusatorio*. Primera edición. Bogotá: Editorial LEYER, 2009, p. 133.

³⁶ González Navarro, Antonio Luis. *Los actos de investigación en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Editorial LEYER, 2009, p. 71.

lo cual pierden el ejercicio de la función controladora y fiscalizadora, por cuanto no se pueden controlar a sí mismos”³⁷. Además, precisa lo siguiente:

El fiscal dirige la investigación, pero la práctica de las diligencias de investigación corresponde a la policía y a los organismos especializados. Ésta y éstos, en sus procedimientos, se rigen por las normas propias de cada institución. Así se dejó constancia en las actas de la Comisión Técnica del Senado y en los debates en la Sala. Una cosa es dirigir y otra cosa ejecutar (...) La policía no es socia ni aliada ni subordinada del Ministerio Público en cuanto al resultado de la investigación o del juicio jurisdiccional que se lleve a cabo. Está obligada a realizar todas las diligencias que le requiera el Ministerio Público y a acatar sus instrucciones en cuanto a la investigación. Sin embargo, Carabineros y la Policía de Investigaciones son instituciones independientes, distintas y no subordinadas del Ministerio Público y sus actuaciones están regidas por sus propias leyes orgánicas y reglamentos internos. Lo anterior obliga a sus integrantes a actuar objetiva e imparcialmente en la investigación y a no dejarse presionar en ningún sentido en cuanto al resultado de sus actuaciones (...) la policía realiza las diligencias de acuerdo a sus propias normas institucionales. El fiscal determina qué investigar, pero el cómo lo determina la policía³⁸.

El jurista Carocca, asevera que “La tarea esencial, irremplazable de la policía, es el desarrollo de las actividades de investigación necesarias para establecer la existencia de un hecho delictual y descubrir a sus autores, cómplices o encubridores. Se trata de diligencias destinadas a recopilar los antecedentes necesarios para que los fiscales del Ministerio Público puedan decidir si proponen para el caso alguna forma de solución de aquellas contempladas en el nuevo sistema procesal penal o si deducen acusación y, cuando acontezca, decidir las pruebas que rendirán en el juicio oral. Estas actividades debe desarrollarlas la policía, porque si bien son los fiscales quienes tienen la responsabilidad de su realización, en la práctica no son ellos quienes podrán concretarlas, ya que generalmente requerirán la utilización o amenaza de la utilización de la fuerza, de la que sólo disponen los agentes policiales”³⁹.

Los ilustrados maestros Duce & Riego, refieren que “los alcances de la dirección funcional están limitados. No se trata de que el Ministerio Público pueda intervenir en la jerarquía interna de estas instituciones ni en su distribución de trabajo. Las facultades de los fiscales sólo se extienden a la realización de las diligencias de investigación, sin que ello importe intervenir en la organización interna de las instituciones policiales”⁴⁰.

En este complejo escenario, el Ministerio Público ha carecido de sensibilidad para acercarse adecuadamente a las policías y desarrollar relaciones constructivas para llevar adelante el trabajo de investigación criminal. En muchos casos el propio Ministerio Público no tiene claridad acerca de los roles y funciones y de la correcta

³⁷ Otero Lathrop, Miguel. *La policía frente al Código Procesal Penal*. Primera edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 15.

³⁸ *Ibíd.*, p. 37.

³⁹ Carocca Pérez, Alex. *Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Tercera Edición. Santiago: LexisNexis, 2005. p. 103.

⁴⁰ Duce, Mauricio J y Riego, Cristián. *Proceso Penal*, Primera Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 140.

división de labores que debe haber entre fiscales y policías. El Ministerio Público tiene que comprender que quien realiza por regla general las actividades de investigación concreta por razones de experticia profesional, cobertura territorial y medios disponibles es la policía. Debe también entender que hay una experticia que los policías disponen que debe ser aprovechada para el potenciamiento de la persecución penal. Por otra parte, debe ser capaz de mostrarle a la policía que sin una coordinación con su trabajo, los resultados de sus investigaciones sirven de poco o nada. En este sentido, los fiscales del Ministerio Público juegan un rol clave en el nuevo modelo procesal al actuar como verdaderas bisagras entre el mundo policial y judicial, o sea, como un puente de plata para transformar la información obtenida en la investigación policial en un caso judicialmente sustentable y ganable⁴¹. Asimismo, Baytelman, desarrolla que “ninguna dogmática procesal penal puede a estas alturas disertar sobre la etapa de investigación sin hacerse cargo de la Policía y de sus relaciones con el Ministerio Público; a su turno, ninguna dogmática puede hacerse cargo seriamente de estas relaciones sin tener una idea precisa acerca de cómo un fiscal litiga un juicio y, por lo mismo, cómo debe la policía obtener evidencia y contribuir a la teoría del caso del fiscal, a la vez que cómo debe la teoría del caso del fiscal construirse desde la evidencia aportada por la policía, esto nos lleva de vuelta a la construcción estratégica de una teoría del caso, la ejecución de esa teoría del caso en el juicio, las reglas de credibilidad y, en fin, la tecnología para litigar juicios orales”⁴².

5.6. Generalidades del sistema brasileño

Si bien es cierto Brasil tiene un Código Procesal Penal vigente desde 1941, uno de los más antiguos de la región, y no necesariamente se ha adentrado en el proceso penal reformado, se debe saber que la investigación penal brasileña hace parte de la fase pre procesal en materia penal. La realiza la Policía Civil, quien efectúa la investigación preliminar y la recolección de todas las pruebas para establecer quién cometió el hecho delictivo y como lo hizo. La investigación realizada se coloca en un informe documental jurídico denominado “Inquérito Policial”⁴³.

A decir de Lopes, el “caso brasileño se distingue de otros países de América Latina porque no es el Ministerio Público el responsable de la investigación penal. El Ministerio Público inicia su actuación después de la fase policial o de la realización del “Inquérito Policial”, y cuando solicita a la policía iniciar una investigación en casos en que la denuncia le fue presentada directamente. En ambas circunstancias, una vez concluye la investigación policial empieza la fase de denuncia del MP y procesal o procesal de instrucción criminal”⁴⁴.

⁴¹ Cubas Villanueva, Víctor, Doig Diaz, Yolanda, Quispe Farfán, Fany Soledad (Coordinadores). *El Nuevo Proceso Penal – Estudios Fundamentales*. Primera Edición. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 125.

⁴² Baytelman A, Andrés. *Capacitación como fútbol*. Primera edición. Lima: ARA Editores, 2014, p. 151.

⁴³ Inquérito Policial es el procedimiento que realiza la policía para recolectar pruebas que permiten identificar la autoría y materialidad de un delito (complejo o no).

⁴⁴ Lopes Ribeiro, Ludmila Mendonca *Problemas de la investigación penal de delito de cierta complejidad en Brasil*. En

http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3146/problemasdelainvestigacionpenaldedelitos_brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 28 de abril de 2020].

Debemos tener presente que la Constitución Política de la República Federativa de Brasil, establece en el artículo 129. VII que, es función del Ministerio Público: “*ejercer en control externo de la actividad policial*”, nótese que se precisa “control externo” y no conducción ni dirección.

5.7. Generalidades del sistema mexicano

En México, que ya implementó y consolidó recientemente el nuevo modelo procesal penal en todo el país, la policía de investigación es auxiliar de la administración de justicia en la investigación de los delitos, reuniendo las pruebas para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento⁴⁵.

Según el “Anteproyecto de Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales”, se buscó lo siguiente:

“I. Que las Policías preventivas tengan la facultad de investigación bajo la conducción y mando del Ministerio Público, quien llevará la conducción de las investigaciones bajo la supervisión y autorización de un Juez de control;

IX. Evitar la sobre regulación de las funciones que se reconocen al Ministerio Público como acusador. Se confiere a la Policía la calidad de sujeto procesal, en el entendido que su actividad es de enorme importancia en el proceso acusatorio y siempre estará relacionada con el Ministerio Público, pero obviamente no se le reconocen los derechos de una parte procesal⁴⁶”.

El jurista Hidalgo, indica que el sistema acusatorio no ha sido concebido para que los fiscales realicen el acto policial probatorio, ilustrándonos al respecto lo siguiente:

Si el Ministerio Público asume la investigación de la “hipótesis del caso” para encaminarla a un proceso, sin contar con una “teoría del caso” renuncia a la celeridad, por las siguientes consideraciones que conviene desglosar. En *primer lugar*, porque los agentes del Ministerio Público terminarán por realizar acciones policiales; en *segundo lugar*, porque los agentes del Ministerio Público no podrán cumplir con la investigación y, a la vez, con el procedimiento; en *tercer lugar*, porque los agentes del Ministerio Público no podrán controlar la legalidad del procedimiento (imbuidos) en la “agilidad” de la investigación y, en *cuarto lugar*, porque el agente estaría realizando los actos de investigación que compete –por preparación, táctica, celeridad, facilidad y capacidad- a la policía, lo que, por lo general crea incomprendiones, desorden, conflicto interinstitucional, renunciándose a la naturaleza de auxiliares del Ministerio Público que ocupa la función de dicha policía. El sistema acusatorio no ha sido concebido para que los fiscales realicen el acto policial probatorio, porque no se debe cometer el error de

⁴⁵ González Porras, Juan Fernando. *La teoría del caso y la investigación criminal en la detección de mentiras en los juicios orales*. Segunda edición. México: Editorial Flores, 2015, p. 5.

⁴⁶ En

http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Anteproyecto_Dictamen_CNPP_211113.pdf
[Consulta: 28 de abril de 2020].

utilizar dos instituciones para un mismo fin: la investigación. El “sistema acusatorio” rehúye la duplicidad de funciones⁴⁷.

El sistema acusatorio exige que la investigación procesal –por acción policial- haya sido dirigida, coordinada y controlada por los fiscales del ministerio público. Debe entenderse que “controlar y dirigir” las investigación procesal son verbos distintos a realizar, ejecutar, constatar, etc., la investigación. El fiscal que quiere actuar directamente en el acto técnico o científico de prueba pierde la capacidad de controlar y dirigir⁴⁸.

5.8. Generalidades del sistema español

Actualmente en la madre patria España, se discute si debe implementarse o no un Código Procesal Penal [existe un proyecto] en reemplazo de su vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, habiéndose producido la última reforma a su modelo en el año 2015 y que lleva por objeto la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de ciertas garantías procesales, a la vista de recomendaciones europeas. Sobre el tema en cuestión existen las posiciones siguientes:

Como decíamos, el cambio de paradigma. Nos nutrimos todavía de la mentalidad neoinquisitorial de Zarco. El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal adopta una solución radical: la supresión del juez instructor. Muerto el perro, se acabó la rabia. El papel del juez no es el de investigar, para eso está la policía. Los jueces juzgan, los policías investigan y los fiscales acusan. Si quebramos tan nítida distinción conceptual, sólo crearemos confusión⁴⁹.

En definitiva otorgar al MF el papel de detective investigador que dirija las pesquisas en la averiguación de las circunstancias penalmente relevantes de los crímenes, por el mero hecho de que en el ámbito del derecho comparado funcionan así las cosas, constituye un argumento que decae por sí solo. Cada uno de los países occidentales que en su día adoptaron este modelo lo han hecho con sus particularidades, y en algunos casos se parecen más bien pocos unos a otros, e incluso apenas, con respecto al sistema previsto en el BCPP [se refiere al Borrador de Código Procesal

⁴⁷ Hidalgo Murillo, José Daniel. *Investigación policial y teoría del caso*. Segunda edición. México: Editorial Flores, 2015, p. 166.

⁴⁸ Hidalgo Murillo, José Daniel. *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*. Segunda edición, México: Editorial Porrúa, 2011, p. 76.

⁴⁹ Villegas Fernández, Jesús Manuel. *Fiscal investigador contra Juez instructor. La lógica de la investigación criminal*. Primera edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2012, p. 135.

Penal de 2013]. Con ello vengo a decir que, en todo caso, lo idóneo es adoptar un sistema que se adecue a las necesidades propias de la sociedad española⁵⁰.

Como garantizar la máxima eficacia de la investigación. El desarrollo eficaz de la fase de investigación del delito depende de la existencia de profesionales con suficientes medios materiales y capacidad para buscar elementos probatorios, que eviten la desaparición de pruebas o que éstas pierdan su eficacia probatoria. La policía judicial necesita contar con un alto grado de cualificación profesional y un marco normativo completo que defina cuáles son las actuaciones concretas que les corresponde realizar en el ámbito de una investigación penal. Por otro lado, su formación debe abarcar no sólo los conocimientos de criminología y de ciencia forense. Es preciso también para el correcto funcionamiento del sistema, que sean conocedores de los límites de actuación y la relevancia de operar dentro del marco de los derechos fundamentales, de manera que no se invaliden elementos de prueba⁵¹.

5.9. Generalidades del sistema costarricense

Ilustra el fiscal Henderson, que en Costa Rica también se generaron problemas en la relación fiscal y policía, precisando específicamente lo siguiente:

De la policía judicial es significativo destacar que a partir de la reforma procesal penal en nuestro país, se ha tornado confuso su rol dentro de la investigación. Por una parte quizá porque desde un inicio se “vendió” una idea errada, cual era que la dirección funcional del fiscal se traduciría en hacer solamente lo que aquel o aquella le asignaran, como si la reforma procesal hubiera conllevado una revocatoria de potestades y responsabilidades en la persecución penal para con la policía, situación que fue aprovechada por mucho oficial para entrar en una especie de somnolencia laboral, en donde no hace diligencia alguna si no se la ordenan, olvidando del todo la iniciativa investigativa mientras que por otra parte puede obedecer quizá a un abuso del rol de parte de los o las fiscales, quienes bajo la tesitura de dirección funcional creyeron tener funciones de policía y dar directrices a unidades de investigación en que solo se podía hacer lo que esa persona autorizara, creando así una gran impunidad por estar alejado de la realidad de las calles en cuanto a información valiosa de delincuencia⁵².

También, en su oportunidad, el Ministerio Público de Costa Rica encontró malas prácticas en la dirección funcional, denominando a una de ellas “El fiscal jefe de policía”, brindando el alcance siguiente a tener en cuenta:

En el otro extremo está el fiscal activista y no director, que confunde la dependencia funcional de la policía a sus instrucciones con la dependencia orgánica e invade el campo de la dirección operacional que es propia de esta última. Así por ejemplo, cuestiones como cuántos

⁵⁰ Benavent Cuquerella, Davit. *La dirección de la investigación criminal por el Ministerio Fiscal en España: Situación actual y reformas proyectadas*. Primera edición, Madrid: Editorial fe d'erratas, 2014, p. 25.

⁵¹ Bachmaier Winter, Lorena *et al.* *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Primera edición, Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008, p. 36.

⁵² Henderson García, Osvaldo. *Abordaje y planeación de la investigación penal*. Costa Rica: Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, 2005, p. 18.

o cuáles hombres deben participar en un allanamiento, cómo o cuándo debe efectuarse desde el punto de vista táctico, qué equipo debe usarse, qué debe hacerse si hay un enfrentamiento armado, son directrices propias de los mandos policiales y no del fiscal, que además requieren de conocimientos, habilidades y destrezas específicos. La dirección funcional de la investigación implica, en algunos actos de investigación, la necesidad de diseñarlos previamente con participación del fiscal en la planificación o determinación previa de las acciones por seguir para la extracción y aseguramiento de la información a través del medio de prueba más aconsejable y cumpliendo los requerimientos procesales y procedimientos técnicos apropiados para no destruir, contaminar, o alterar físicamente los elementos probatorios que de ellos puedan obtenerse o inutilizar los resultados por violación de garantías constitucionales. Obviamente la participación del fiscal se encuentra limitada funcionalmente a los aspectos probatorios, procesales y constitucionales involucrados⁵³.

Volviendo a nuestro país, de *lege data* se establece en la norma adjetiva que el fiscal “conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”, lo cual va en armonía con la Carta Magna que instauró en 1993 el rol de “Conducir desde su inicio la investigación del delito”, pero, también se precisa que la Policía Nacional “Previene, investiga y combate la delincuencia”, en el presente opúsculo nos ocupamos *in extenso* del tema en cuestión, no postulando una contrarreforma, los autores no pretendemos ir contra los roles constitucionales de estos dos operadores, lo que modestia parte hacemos es poner a disposición de la comunidad jurídica un tema que no ha sido abordado y es trascendental en el derecho comparado y de esta forma aportar con este modesto estudio para la consolidación plena del modelo procesal penal en nuestra patria.

La controversia sobre el encargo constitucional de atribuir al Ministerio Fiscal o Público un papel más activo o, incluso, la dirección o conducción de la investigación no es una polémica que haya surgido en las últimas décadas [sólo en el Perú], es un tema que trasciende nuestras fronteras y que ha sido afrontado de diversas formas buscando optimizar la investigación material del delito⁵⁴.

La investigación criminal en el modelo peruano constituye uno de los ejes fundamentales en el proceso de persecución penal, es una especialidad funcional policial, tiene un marco doctrinario, es legal; la Dirección Nacional de Investigación Criminal es el órgano de línea de la Policía Nacional del Perú, con carácter técnico y sistémico, especializado, normativo y operativo; responsable de planificar, ejecutar, comandar, evaluar y supervisar a nivel nacional las operaciones policiales en materia de lucha contra el terrorismo, antidrogas, medio ambiente, investigación criminal, lavado de activos, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, corrupción, delitos aduaneros, contra los derechos intelectuales, el orden económico, financiero y

⁵³ Ministerio Público de Costa Rica. *Manual de Actuaciones del fiscal*. Unidad de Capacitación y Supervisión, 2006, p. 27 y ss.

⁵⁴ Respecto al rol del fiscal-investigador, que prescinde del policía de investigación cabe precisar la siguiente anotación ocurrida en el Perú, “en el Distrito Judicial de Huánuco y Pasco se intentó que los fiscales llevaran a cabo las investigaciones sin necesidad de la intervención de la Policía Nacional, pero no dio resultados positivos”. En Vega Billán, Rodolfo. *Derecho Procesal Penal, Explicado con Sencillez*. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 162.

monetario, y el patrimonio cultural, en el marco de la lucha contra la delincuencia y la criminalidad organizada, de conformidad con la normativa sobre la materia⁵⁵.

Estudios diversos afirman que en varios países de América, la investigación criminal es deficiente, ceñidos a verdad esto es cierto, pero, en el Perú sí contamos con una policía especializada [en proceso de cambios y *accountability* frente al Bicentenario patrio], pueden existir cuerpos policiales mejor o peor preparados, pero lo cierto es que desde el punto de vista del aporte de una verdadera investigación criminal al proceso, en nuestro país existe una policía unitaria, lo cual puede ser considerado una fortaleza para el trabajo coordinado con el fiscal, no existe una Policía Judicial o Ministerial, sí una Policía Nacional con muchos años de experiencia en la lucha contra el crimen y resultados exitosos [hay pocos detectives, no como quisiéramos y deberíamos, pero los hay].

Para arribar a una calificación jurídica probable para un hecho se parte de la investigación criminal –los hechos-, esta se estructura con hipótesis de los hechos que incluya personas, lugares, tiempos, motivos y resultados, etc., (teoría fáctica), presentados en un Informe en orden cronológico al fiscal, éste vincula cada uno de los elementos del tipo penal con los hechos investigados por la policía, verificando si el hecho reúne todos los elementos exigidos por la norma jurídica para ser delito (teoría jurídica). Señores es materialmente imposible tentar una acusación frente a una débil, ineficiente e ineficaz investigación de los hechos, sería temerario y contraproducente al modelo procesal en boga.

Entonces, habría que advertir lo que ilustra el maestro Roxin que “la actividad de investigación de la fiscalía tiene su centro de gravedad en el procedimiento preliminar”⁵⁶, y que según Yáñez Romero “cuya titularidad jurídica y directiva la ejerce el Ministerio Público, aunque la ejecución material corresponde a la Policía investigadora”⁵⁷.

6. Consecuencias genéricas de la indefinición de roles

6.1. Informe Defensorial 168: Investigación fiscal no realizada o mal planteada

En nuestro país con la dación del Código Procesal Penal se reconoció potestades de investigación material al fiscal, sin embargo, apreciando el estudio de la Defensoría del Pueblo del Perú, “El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín”, se encontró denuncias que fueron archivadas inadecuadamente, se trata de archivos en cuyas disposiciones fiscales [que los ordenan] se advierte un conjunto diverso de actos de investigación fiscal no realizados o mal planteados, elementos probatorios escasamente examinados, interpretaciones jurídicas erróneas o discordantes con precedentes jurisprudenciales e incluso, decisiones carentes de lógica o sin conexión manifiesta con la documentación obtenida en el trámite de la investigación fiscal⁵⁸.

⁵⁵ Conforme al artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú.

⁵⁶ Roxin Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 53.

⁵⁷ Yáñez Romero, José Arturo. *La Policía de Investigación: Entre las técnicas de investigación y las pruebas judiciales*. Primera edición. México: Editorial UBIJUS, 2010, p. 75.

⁵⁸ Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial N° 168. El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*. Primera edición. Lima, 2014, p. 293.

Tal Informe Defensorial 168 intrínsecamente en sus diversas páginas trató sobre la relevancia de la investigación material del delito –llámese *investigación criminal*–, demostrando serias deficiencias o dispraxis investigativa que a continuación se citarán específicamente, a saber:

(...) “Me dejo llevar por mi sentido común para investigar, no he recibido nada. No existen protocolos de investigación⁵⁹”.

(...) 3. La supervisión ha permitido encontrar denuncias que fueron archivadas inadecuadamente. Se trata de archivos en cuyas disposiciones fiscales [que los ordenan] se advierte un conjunto diverso de actos de investigación fiscal no realizados o mal planteados, elementos probatorios escasamente examinados, interpretaciones jurídicas erróneas o discordantes con precedentes jurisprudenciales e incluso, decisiones carentes de lógica o sin conexión manifiesta con la documentación obtenida en el trámite de la investigación fiscal⁶⁰.

(...) 4. La proporción de archivos inadecuados tiene relación con problemas que se observaron en el subsistema y que impidieron se desarrolle una investigación eficiente. Las causas son múltiples: poca acuciosidad en la investigación fiscal (no realización de diligencias importantes, problemas con la estrategia y el planteamiento de la toma de declaraciones, inexistentes pautas de investigación); dificultades de los fiscales para establecer la relación funcional del investigado con los elementos constitutivos del delito; influencia de negativos estilos de coordinación sobre la gestión y lo jurídico; falta de capacitación de fiscales, peritos y asistentes en función fiscal; debilidad de los mecanismos de control; énfasis en el control de la eficacia –lo cuantitativo– y menos en la calidad de la investigación fiscal; entre otros aspectos desarrollados en este informe⁶¹.

(...) los fiscales, para archivar, estarían dando más importancia de la debida a la declaración de investigados –valorada sustantiva y particularmente por el equipo investigador como imprecisa, con vacíos y contradictoria– por encima de otros actos de investigación⁶².

(...)29. Los fiscales de los distritos examinados no cuentan con guías ni protocolos de investigación para estos delitos⁶³.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 194.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 293.

⁶¹ *Ibidem*, p. 294.

⁶² *Ibidem*, p. 302.

⁶³ *Ibidem*, p. 304.

Entonces, el ya mencionado Informe Defensorial, desnuda una seria problemática en la investigación del delito que debe ser analizada seria y concienzudamente a la luz del Código Procesal Penal, cuestión que debe llamar la atención principalmente al Ministerio Público, Poder Judicial y Policía Nacional del Perú, ya que un fiscal de Lima a una entrevista refirió “Me dejo llevar por mi sentido común para investigar”; es decir, un policía investiga aplicando un método y un fiscal por sentido común.

6.2. Falta de contrapeso en la investigación

El conocido periodista Jaime De Althaus, publicó su libro “*La gran reforma (de la seguridad y la justicia)*”, obra en la cual analiza la relación de la investigación con el trabajo de fiscales y policías, notando que se debe “definir bien qué significa “conducir” la investigación y cuáles son los roles respectivos entre fiscales y policías, pues también resulta clave que haya un adecuado contrapeso entre ellos para que pueda haber una fiscalización mutua, que es la única manera de cerrar espacios a la corrupción⁶⁴”. A la vez, precisa “la Policía carece de autonomía para investigar, no tiene cómo contrapesar eventuales actos de corrupción que puedan estar detrás de los archivamientos. En otras palabras, el foco de la corrupción se ha trasladado del “atestado policial” a la acusación (o archivo) fiscal, sin que haya los contrapesos necesarios entre el MP y la PNP”⁶⁵. Al final de su estudio se permitió realizar las recomendaciones siguientes:

- Rebalancear las atribuciones de la Policía en relación con las de los fiscales. El Nuevo Código Procesal Penal debe permitir al policía realizar calificaciones jurídicas que sirvan para orientar su actuación policial, pero que no sean vinculantes para los fiscales.
- El Código debería dar más flexibilidad a la Policía para poder actuar sin esperar la orden del fiscal cuando este no está disponible, dándole cuenta.
- La Policía también debería poder interrogar al detenido apenas es intervenido aunque el fiscal no esté presente, siempre y cuando esté el abogado defensor o haya testigos o el interrogatorio sea filmado.
- Extender a 36 el periodo de investigación policial para los casos de robo agravado cometidos por bandas.
- Capacitar a los fiscales en investigación criminal y criminalística.
- Culminar la elaboración de protocolos más prácticos y específicos para mejorar la coordinación entre policías y fiscales.
- Financiar la instalación de laboratorios en todos los distritos judiciales cuando menos para las pruebas de alcoholemia y reactivos de drogas, para el cabal funcionamiento de los juzgados de flagrancia.
- La Policía Nacional debe crear un órgano de implementación del NCPP⁶⁶.

7. Actuación material investigativa: ¿testigo policial o fiscal?

⁶⁴ De Althaus Guarderas, Jaime. *La gran reforma (de la seguridad y la justicia)*. Primera edición. Lima: Planeta, 2016, p. 168.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 181.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 194.

Se conoce que el funcionario policial usualmente es el primer interventor en el lugar de los hechos, los mismos que conocen de primera mano el lugar donde practicaron los primeros actos de investigación, normalmente en hechos de flagrancia delictual, es así, que estos conocen cómo estaba la escena de los hechos, que indicios, evidencias, elementos probatorios existió en el lugar, si hubieron testigos presenciales de los hechos, etc.

La actuación policial conlleva a que el actor (investigador) se convierta en testigo, comparece y aporta un testimonio técnico en apoyo a la teoría del caso del fiscal.

Testimonio técnico, según Cadena “es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso. Es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos se vale de dichos conocimientos especiales. El testigo técnico puede resultar importante para los fines del proceso y la teoría del caso, pues los conocimientos especiales de una ciencia o arte pueden ser fundamentales para acreditar determinadas características en la persona el autor y en la ocurrencia de los hechos, según el caso”⁶⁷.

Para Ramos Heredia, “el fiscal, por el contrario, no puede ser testigo; no debe contaminarse con el caso, pero está obligado a calificarlos”⁶⁸, lo cual va en armonía a lo planteado por Chocano Nuñez quien asevera “en el mismo sentido la persona que detenta el cargo de fiscal y que tiene conocimiento directo de un hecho delictuoso, en cuanto se refiere a ese hecho ya no puede intervenir como fiscal, sino que debe intervenir como testigo”⁶⁹.

El jurista argentino Chaia precisa que “los jueces y fiscales no pueden ser interrogados como testigos en las causas que tramitan, por lo tanto, deben apartarse de sus funciones si han presenciado el hecho objeto de investigación”⁷⁰.

La doctrina nacional no es fructífera en el tema testigo fiscal, infiriéndose a la luz de la norma adjetiva que existe una incompatibilidad entre la condición de fiscal y de testigo. Sobre el particular se advierte que no es acumulable, en un mismo juzgamiento, la calidad de testigo con el cargo de representante del Ministerio Público. Esta incompatibilidad se deriva de la estructura del proceso y de la respectiva posición del fiscal y del testigo, y es tan evidente, que debería afirmarse aun cuando no estuviera indicada por norma legal.

La incompatibilidad fiscal a partir de que su "conocimiento sobre el objeto de la investigación lo han adquirido en virtud de su intervención funcional". Es a partir de esta premisa que consideramos que al facultarse que un fiscal o fiscales encargados de una investigación, asuman luego la condición de testigos de cargo, constituye un

⁶⁷ Cadena Lozano, Raúl y Herrera Calderón, Julián. *Técnicas de interrogatorio y conainterrogatorio en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008, p. 42.

⁶⁸ Ramos Heredia, Carlos. *El Razonamiento Fiscal. De la Sospecha al Indicio*. Primera Edición. Lima: Magna Ediciones, 2009, p. 56.

⁶⁹ Chocano Nuñez, Percy. *Derecho Probatorio y Derechos Humanos*. Lima: IDEMSA, 2008, p. 251.

⁷⁰ Chaia Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009, p. 549.

mecanismo de investigación estatal que pone en desventaja a una de las partes más débiles del proceso: el imputado.

Nos preguntamos, ¿podrá un fiscal, conforme a los principios de lealtad y objetividad, luego de investigar un caso, convertirse en testigo del mismo proceso? ¿Garantiza este mecanismo el equilibrio procesal entre parte acusadora y parte acusada? ¿Constituye este medio una ventaja procesal? El permitir que la o los fiscales del caso se conviertan en testigos y se introduzcan como "prueba" en el proceso con el fin de lograr el convencimiento judicial, constituye un peligroso mecanismo, porque le otorga una ventaja indebida al Ministerio Público sobre el imputado. Además constituye un procedimiento cuestionable para avalar situaciones que podrían violentar derechos fundamentales.

Consideramos, es suficiente que los policías testigos declaren en el proceso e introduzcan oralmente las pesquisas y diligencias policiales sobre la investigación de los hechos, conforme lo autoriza la norma adjetiva.

8. Conclusiones

- a.** La iniciativa legislativa plasmada en el Proyecto de Ley 5026/2020-CR, es derechamente constitucional, requiriendo su estudio, dictamen, con criterio de especialización, identificándose una situación problema relacionado a la temática de indefinición o indeterminación de roles del fiscal y policía en la investigación del delito; tal instrumento no constituye en absoluto ningún peligro para nuestra democracia, contrariamente, está seguro y protegido por las fuentes del Derecho.
- b.** Existen supuestos que impulsan y justifican la propuesta del Proyecto, no es un tema baladí ni vacuo, no inferimos resabios inquisitivos, apreciándose una problemática que tiene muchas aristas desde la implementación del nuevo modelo procesal en el Perú, existiendo argumentos en el Derecho que permitirían vislumbrar una idónea regulación a fin de lograr la articulación del binomio fiscal y policía en la investigación del delito.
- c.** La propuesta legislativa tiene argumentos sólidos que merecen estudio, discusión y aprobación, eslabonando el presente opúsculo con fundamentos o justificación, nacional e internacional, afirmando que existen razones para adoptar idóneamente una regulación que permita articular la actuación del fiscal y policía frente a la investigación.
- d.** El análisis de información especializada y el estudio del marco normativo sobre la materia demuestran que el fiscal sí, conforme al mandato imperativo de la Carta Magna (artículo 159.4), conduce la investigación lo cual no es sinónimo de investigar o investigación, esto último corresponde a la policía conforme a la Constitución (artículo 166), se advierten roles diferenciados, pero, bajo un mismo eje, frontal y coordinado en la investigación del delito, aquél conduce jurídicamente y este realiza materialmente tal investigación.
- e.** La investigación criminal es un método, es material, operativa, de campo y gabinete y por talante corresponde a la policía, la conducción de tal investigación respecto al fiscal es jurídica, no son roles antagónicos, éste no es un "súper investigador" o "súper detective", es un asesor de la policía, quien

orienta jurídicamente la investigación por su calidad de profesional (especialista) del Derecho y no de investigación criminal.

- f. En el nuevo modelo procesal penal en boga el fiscal es el director y orientador jurídico de la actividad policial, obvio sin pretender sustituir a la policía, sólo así se podrá contribuir efectivamente a mejorar la investigación de los delitos; por su parte la policía debe comprender que el fiscal está de lado del cumplimiento de la Ley buscando que la actuación en la investigación sea con respeto irrestricto a la derechos humanos [no es su competidor ni le quitará el trabajo].
- g. El fiscal es el asesor jurídico de los investigadores de policía, sí aquél se convierte en fiscal investigador terminará realizando actuación policial transformándose en testigo, no observará su rol conductor o director, no podrá auto controlarse cuando actúe realizando de forma conjunta funciones de investigador y acusador, llegando quizá a decisiones desapasionadas, objetivas e imparciales, corriendo el riesgo de prejuzgar su actividad anticipando la culpabilidad del investigado, lo cual de por si genera indefinición de roles, duplicidad de funciones que no concibe el nuevo modelo procesal penal [Ley 27658, artículo 5, numeral d)].
- h. Finalmente, está demostrado que existen referencias del estado actual de la situación fáctica y jurídica respecto a la problemática de indefinición de roles en varios países, notándose que no es un tema pacífico, entonces el Proyecto en comento debe generar la discusión que promueva el consenso para definir los roles de fiscal y policía en la investigación de tal forma que fluya el respeto y confianza, ya que cada uno de estos operadores es profesional en su campo de actuación [eso espera el modelo procesal] primando siempre la coordinación para la lucha frontal contra la delincuencia común y el crimen organizado.