

LA CONCEPCION DEL INICIO DE LA INVESTIGACION EN LA REFORMA PROCESAL PERUANA

Ricardo Brousset Salas

Profesor de Criminalística y Derecho Procesal Penal
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Consideraciones Iniciales

Nos encontramos inmersos en un proceso de reforma de la administración de justicia en general que obedece básicamente a la necesidad de superar la seria crisis que la afecta; siendo la situación más crítica en el ámbito de la administración de justicia penal, pues las normas del aún vigente Código de Procedimientos Penales de 1940, por un lado, no armonizan plenamente con los principios y garantías que nuestra Constitución Política y los instrumentos internacionales.

ratificados por el Perú imponen al moderno proceso penal; y de otro lado, no pone al alcance de los operadores de justicia penal los mecanismos adecuados para enfrentar eficientemente ¹ a una criminalidad que dadas las condiciones socioeconómicas del país se incrementa de manera alarmante, adoptando características y modalidades tan variadas como complejas. Como consecuencia de esto el **Sistema de Justicia Penal** requiere modernizarse con urgencia, para recuperar credibilidad y por ende legitimación social ².

¹ Debiendo entenderse como «eficiente» la actividad procesal penal que se despliega compatibilizando el pleno respeto a los derechos del imputado con la garantía de una investigación eficaz y un juzgamiento pronto e imparcial.

² El incremento de la criminalidad y la obsolescencia de la legislación procesal penal vigente, sumados a los casos de corrupción generada en el sistema de justicia penal, han producido en la ciudadanía una sensación de inseguridad que tiende a generalizarse, que se traduce en la pérdida de credibilidad de las Instituciones vinculadas con el control penal (Poder Judicial, Ministerio Público, Abogados y Policía) y la consecuente adopción de peligrosas formas alternativas de protección ciudadana y justicia penal.

Dada esta coyuntura, nos encontramos abocados a un accidentado proceso de **Reforma Procesal Penal**, que si bien ha producido hasta tres Códigos Procesales Penales³ 3), hasta el momento no ha logrado que el Poder Ejecutivo adopte la decisión política para su plena vigencia e implementación, a diferencia de lo ocurrido con los procesos de reforma legislativa en materia procesal civil y procesal laboral.

La situación antes descrita condiciona el título del presente trabajo y nos obliga a un análisis comparativo del mecanismo de inicio del proceso, adoptado en el proceso de elaboración y decantación del modelo procesal penal propuesto por nuestros Reformadores (plasmado en los precitados códigos frustrados en su vigencia).

Diseño del Proceso Penal Peruano

Antes de entrar directamente en el tema específico materia de análisis, resulta pertinente esbozar una apreciación básica con respecto

al diseño del proceso penal así como a la actividad investigativa previa a este, pues esto nos permitirá la correcta ubicación de la institución en comento dentro del contexto del proceso penal y la utilización de las acepciones diferenciales adecuadas cuando nos refiramos a «la investigación».

El proceso penal peruano históricamente se ha desarrollado y se desarrolla en dos etapas claramente determinadas y con funciones diferenciadas, característica que ha sido respetada por la reforma.

Desde nuestro primer Código de Enjuiciamiento en materia procesal Penal de 1863, hasta el aún vigente Código de Procedimientos Penales de 1940 (pasando por el Código de Procedimientos en materia Criminal de 1920), se estableció que nuestro proceso penal debe discurrir en dos etapas la primera de investigación (sumario o instrucción) y la segunda de juzgamiento-plenario o juicio oral-con una fase intermedia entre ambas, que a modo de bisagra las articula operativamente. Las dos

³ El C.P.P. de 1991, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 638, sometido primero a vacatio legis y luego a revisión total; el C.P.P. de 1996, sancionado por el Congreso de la República y observado por el Poder Ejecutivo; y el C.P.P. de 1997, igualmente sancionado por el Congreso de la República y observado por el Poder Ejecutivo.



etapas procesales como su fase intermedia se realizan bajo la competencia judicial, lo que implica que corresponde al órgano jurisdiccional la dirección del proceso y participación protagónica mismo desde la etapa de investigación.

Las exigencias de modernización y eficiencia, condicionantes de la reforma, motivaron que en el modelo procesal penal adoptado (articulado en los tres frustrados Códigos que la expresa) se haya optado por ampliar las funciones del Ministerio Público en el nuevo proceso penal otorgándole, además de las facultades que le confiere su Ley Orgánica, la dirección (exclusiva) de la investigación, tanto la previa al proceso, como la que constituye la primera etapa de este. Para tal efecto el Fiscal asume competencia no jurisdiccional ⁴, la que no debe entenderse como la objetivación de la jurisdicción sino como la facultad para realizar determinados actos procesales necesarios para el cumplimiento de sus funciones como representante del órgano persecutor del delito, titular de la acción penal público y director de

la investigación del delito.

El Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones de persecución del delito y promoción de la acción penal pública, está facultado (en muchos casos obligado) para efectuar una indagación previa o comprobación preliminar, con auxilio de la policía, previamente al ejercicio propiamente dicho de la acción penal, entendiéndose para preparar su promoción. A esta comprobación preliminar la denominaremos "**Investigación Indagatoria**", su finalidad no es otra que la de acopiar indicios o elementos de juicio que revelen la materialidad del delito, establecer la vigencia de la acción penal, individualizar al presunto autor y establecer si en su caso se han satisfecho las cuestiones previas (exigencias procesales de procedibilidad de la acción penal); en otras palabras preparar el ejercicio de la acción penal.

Esta investigación preliminar del delito es dirigida por el Fiscal y se realiza con el obligatorio apoyo policial (para este efecto la policía se constituye en un organismo auxiliar de la actividad Fiscal y

⁴ Como lo señala el Dr. Julio B. J. Maier en su obra « La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público » debe entenderse el término «competencia» en sentido lato.

como tal se somete a su dirección) en su fase indagatoria la investigación del delito no está sujeta a control jurisdiccional en cuanto a su regularidad (correspondiendo el control de regularidad de la investigación indagatoria al propio Ministerio Público por intermedio de sus órganos jerárquicos superiores); no obstante lo antes expuesto el Juez asume competencia jurisdiccional preliminar a solicitud del Fiscal para el efecto de dictar mandato de detención preliminar e incomunicación contra el indagado por no más de 24 horas (antes de la instauración del proceso penal), fuera de los casos de flagrancia cuando esta medida sea considerada urgente y necesaria por el Juez, y su demora pudiera generar peligro irreparable para el proceso penal.

Esta **Investigación Indagatoria** o preliminar, se inicia al tomarse conocimiento por el Fiscal de la comisión del delito, sea por denuncia de parte, por comunicación policial o de oficio, esto es cuando se recibe la "noticia criminis"; y debe entenderse que su realización **no constituye por sí misma el inicio y desarrollo del proceso penal, sino una actividad indagatoria previa a este, que luego de instaurado formalmente**

el proceso penal se va a integrar a este por asimilación.

Dada la posibilidad de confusión entre la actividad investigatoria pre-procesal y la **investigación** que constituye la primera etapa del proceso penal, usaremos el término "**INVESTIGACION PROCESAL**" para referirnos a esta última, únicamente por que consideramos que dicho término puede cumplir un rol didáctico diferencial, para efectos del análisis; pues como lo tenemos señalado, una vez instaurado el proceso penal, las actuaciones producidas en el marco de la investigación indagatoria preliminar se vienen a incorporar al proceso (y por lo tanto son procesales por asimilación).

Mecanismo adoptado para la Instauración del Proceso Penal

Como puede inferirse de lo expuesto en las líneas precedentes, el tema sub-examine es el mecanismo adoptado para dar inicio a la **Investigación Procesal** y por ende la determinación exacta del momento en que se debe entender por instaurado el proceso penal, para lo cual debemos establecer con claridad los ámbitos funcionales del Ministerio Público y del Organo Jurisdiccional a

efectos de su intervención en la Investigación procesal dentro del nuevo modelo procesal penal.

Así tenemos que, el Ministerio Público como órgano persecutor del delito y titular de la acción penal pública tiene la responsabilidad en exclusividad del ejercicio público de la acción penal, el deber de la carga de la prueba durante todo el proceso penal y la dirección de la investigación dentro de esta etapa procesal⁵. Quede claro que para este efecto el Fiscal no realiza actos jurisdiccionales, correspondiéndole funcionalmente una actitud requiriente o de requerimiento ante el órgano jurisdiccional cuando fuere necesaria una decisión de naturaleza jurisdiccional dentro del desarrollo de la Investigación.

El Organismo Jurisdiccional tiene durante la **Investigación Procesal** la responsabilidad de controlar su regularidad⁶ (entendida no solo como el apego al marco de legalidad exigido, sino también

como la sujeción a los principios y garantías que integran el debido proceso), para lo cual el Juez Penal asume **competencia jurisdiccional preventiva**, correspondiéndole en virtud a esta emitir pronunciamiento jurisdiccional ante los requerimientos del Fiscal, y específicamente en lo que respecta a las medidas coercitivas personales, medidas contracautelares (pedidos de Libertad Provisional e Incondicional, así como la expedición de Libertad por exceso en la detención), la resolución de los medios técnicos de Defensa deducidos por el imputado y la aplicación de remedios procesales.

Quede en claro que no existe intervención jurisdiccional en los actos propios de la investigación.

Esta distribución funcional guarda perfecta coherencia con el modelo acusatorio adoptado.

Pasaremos ahora al análisis

⁵ Art. V del Título Preliminar del C.P.P. de 1991; y Art. IV del Título Preliminar de los frustrados C.P.P. de 1996 y 1997, respectivamente.

⁶ Art. 4 del C.P.P. de 1991 y Art. 3 de los frustrados C.P.P. de 1996 y 1997, respectivamente.

de los Arts. 114⁷ y 115⁸ del C.P.P. de 1991 en los que se establece el mecanismo de instauración del proceso penal.

El Art. 114 nos refiere que luego de establecer que aparecen indicios o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal está urgente y se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, adicionalmente debe entenderse que se ha individualizado al presunto autor, dicta una resolución motivada de **apertura de investigación**, resolución que deberá ser comunicada inmediatamente al Juez Penal de turno para que asuma competencia jurisdiccional preventiva, controle la regularidad del procedimiento y dicte las resoluciones que le corresponda.

¿Qué función o funciones cumple esta resolución fiscal? En

primer lugar materializa el ejercicio (en su inicio) de la acción penal, esto es su formal promoción (cumple en parte el rol que cumplía en el modelo procesal anterior la **formalización de denuncia** por lo que constituye en requerimiento ante el Organo Jurisdiccional para que declare formalmente promovida la acción penal y consecuentemente instaurado el Proceso Penal con los efectos vinculantes que este origina; en segundo lugar constituye el acto inicial de Dirección de la Investigación, esto es el de su instauración o apertura; y en tercer lugar constituye implícitamente el primer sometimiento al control jurisdiccional de regularidad (entiéndase control inicial de regularidad).

El Art. 115 señala que el Juez Penal, ante la comunicación referida en el Art. 114, debe

⁷ Art. 114 del C.P.P. de 1991 « Si de la denuncia o de la información recibida por el Fiscal o de la comprobación preliminar efectuada bajo su dirección, aparecen indicios o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, cuya acción penal no ha prescrito y satisfechos los requisitos de procedibilidad, si fuera el caso dictará resolución motivada de apertura de investigación. Esta resolución contendrá el nombre del imputado, el delito atribuido, el numeral de la Ley penal que lo tipifica, el nombre del agraviado, si fuera posible y las diligencias que de inmediato deban actuarse. El Fiscal dirige la comunicación prevista en el artículo cuarto de este Código «

⁸ Art. 115 del C.P.P. de 1991 : « El Juez Penal al tomar conocimiento de la comunicación del Fiscal prevista en el artículo 114, expedirá resolución fundamentada declarando promovida la acción penal y determinando la condición procesal del imputado, sea de compareciente o detenido.»



expedir resolución fundamentada declarando promovida la acción penal y dictando la medida de coerción personal que corresponda contra el imputado.

¿Qué función cumple la resolución que declara promovida la acción penal? Resulta evidente, si concordamos la norma en comento con el Art. VI del Título Preliminar⁹ y el Art. 4¹⁰ de C.P.P., que esta resolución constituye el primer acto de control jurisdiccional de la investigación en cuanto a su regularidad, el que puede concluir en la declaración judicial de procedencia o nó de la promoción de acción penal en atención a su regularidad (entiéndase sujeción a la normatividad vigente), de otra forma no tendría razón de ser el requerimiento de **motivación de esta resolución** que otorga formalidad procesal validatoria al auto Fiscal de apertura de investigación.

Cabe anotar que la resolución judicial de promoción de la acción

penal contiene, además del pronunciamiento que otorga formalidad validatoria al auto de apertura de investigación (luego de controlada su regularidad), la decisión exclusivamente jurisdiccional con respecto a la medida coercitiva personal a dictarse contra el imputado para sujetarlo al proceso, esto es la determinación de su situación jurídica dentro de la investigación.

Como lo señaláramos, esta función de control de la regularidad del Auto de Apertura de investigación, nos lleva a la posibilidad que el Organo Jurisdiccional considere **irregular** el ejercicio de la Acción Penal (**sea por Atipicidad de la conducta atribuida, por no encontrarse vigente la acción penal - Prescripción- ,por no haberse dado cumplimiento de las exigencias previas que para la procedencia de la acción penal excepcionalmente establecen algunos tipos penales -cuestión previa- o por la evidente**

⁹ Art. VI del Título Preliminar del C.P.P. de 1991 : « Es competencia exclusiva del Organo Jurisdiccional dirigir la etapa procesal del juzgamiento, expedir las sentencias o resoluciones que importen sobsecimiento y las demás previstas en la Ley.

¹⁰ Art. 4 del C.P.P. de 1991 : "El Ministerio Público comunicará inmediatamente y por escrito al Juez Penal de turno el inicio de la investigación para que asuma jurisdicción desde ese momento, expida las resoluciones que corresponden y controle la regularidad del procedimiento. esta disposición no es aplicable en los casos del último párrafo del artículo 3".

existencia de prejudicialidad extra penal). Es el caso que el C.P.P de 1991 no preveyó el procedimiento a seguir en caso de presentarse esta situación; ante tal situación de vacío normativo, en su oportunidad¹¹ consideramos que podrían estudiarse dos propuestas de solución ante el impase motivado por la omisión anotada:

La primera que, el Juez Penal dicte un auto fundamento de **NO HA LUGAR** a la promoción de la Acción Penal y consecuentemente archivamiento; y

La segunda que, el Juez Penal remita lo actuado con un informe fundamentado al Fiscal Superior en lo Penal para que éste disponga lo conveniente con respecto al Auto Fiscal de apertura de investigación.

Ambas resoluciones resultaban compatibles con el modelo; inclinándonos personalmente por la primera, esto es por el pronunciamiento jurisdiccional directo, en atención que el Art. 9 in fine C.P.P. de 1991 (al igual que nuestro aún vigente C. de P.P. en su Art. 5 in fine), faculta al Juez la aplicación de

remedios procesales en base a los criterios legales que el ordenamiento procesal penal establece para la procedencia de los medios técnicos de defensa - excepciones, cuestión previa y cuestión pre-judicial - (que no es lo mismo que pretender que el Juez de oficio declare fundados medios técnicos de defensa, como se podría colegir de la inapropiada redacción -en este extremo- de las pre-citadas normas), esto implica que, si el Juez Penal descubre que la acción penal ha sido promovida irregularmente en un proceso ya instaurado, tiene la facultad de declarar anular todo lo actuado y sobreseer el proceso en aplicación de estos criterios; ¿Qué razón lógica tendría obligar al Juez a declarar promovida la acción penal y válida la apertura de investigación (instaurando el proceso penal), para luego disponer su archivamiento por manifiesta improcedencia del ejercicio de la acción penal?. De otro lado, por considerar que el otorgamiento de la función procesal de control, implica necesariamente el consecuente otorgamiento, al operador encargado de dicha función, de los mecanismos procesales necesarios para ejercer

¹¹ Leer el artículo del Autor « El inicio de la investigación en el nuevo modelo Procesal Penal » en la Revista « La Ley » Año I N1 10 Abril de 1994, Ediciones Debate Jurídico - Lima - Perú.

efectivamente y expresar en forma directa los resultados de su actividad controladora.

Los C.P.P. de 1996 y 1997, reproducen en sus Arts. 118¹² y 119¹³ la fórmula de los ya analizados Arts. 114 y 115 del C.P.P. de 1991, pero con buen criterio subsanan la omisión anotada acogiendo el criterio de control directo por el Juez, así tenemos que establecen que el Juez Penal **deberá abstenerse** de declarar promovida la acción penal cuando perciba que no se dan los presupuestos procesales establecidos para la apertura de la investigación procesal - entendidos estos como exigencias para la

validez y regularidad de la instauración de la persecución penal formal.

La fórmula procesal así integrada consigue armonizar el moderno componente acusatorio de la investigación procesal exenta de intervención jurisdiccional en actos investigativos con el necesario control garantista de regularidad que exige el modelo.

A modo de conclusión.-

En cuanto refiere el inicio de la **investigación procesal** y por ende del **Proceso Penal**, podemos señalar que esta formalmente se inicia con la expedición del auto que declara promovida la acción penal,

¹² Texto del Art. 118 del C.P.P. de 1986 reproducido en el Art. 118 del C.P.P. de 1997 : « **Apertura de Investigación.-** Si de la denuncia o de la información recibida por el Fiscal o de la comprobación preliminar efectuada bajo su dirección, aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, cuya acción penal no ha prescrito y satisfechos los requisitos de procedibilidad, si fuera el caso, dictará resolución motivada de apertura de investigación, esta resolución contendrá el nombre del imputado, el delito atribuido, el numeral de la Ley penal que lo tipifica, el nombre del agraviado si fuera posible y las diligencias que de inmediato deban actuarse. El Fiscal dirige la comunicación prevista en el artículo tercero de este Código, debidamente documentada. »

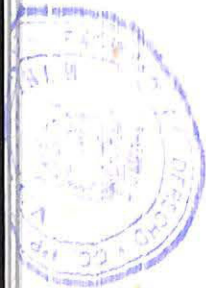
¹³ Texto del Art. 119 del C.P.P. de 1996 reproducido en el Art. 119 del C.P.P. de 1997 : « **Promoción de la acción penal.-** El Juez Penal, al tomar conocimiento de la comunicación del Fiscal prevista en el artículo 118, expedirá resolución fundamentada declarando promovida la acción penal, resolverá la situación jurídica del imputado y de ser el caso dictará en cuanto corresponda las demás medidas coercitivas que solicite el Fiscal. El Juez Penal se abstendrá de declarar promovida la acción penal cuando aparezca que la conducta atribuida al imputado no constituye delito, o que ha prescrito o que la acción penal no pueda iniciarse por faltar un requisito de procedibilidad o no se ha identificado debidamente a su autor o partícipe. Tal decisión se tomará mediante resolución fundamentada contra la cual procede el recurso de apelación por parte del Fiscal o del denunciante. »

resultando que el auto de apertura de Investigación, para este efecto, viene a formar constitutiva de aquella, a la que se remite como objeto de control de regularidad validatoria. Existe pues una unidad funcional entre ambas resoluciones para los efectos de la instauración del Proceso Penal.

Confrontando los mecanismos procesales adoptados por el reformador nacional en materia procesal penal para dar inicio a la investigación procesal, con las fórmulas adoptadas para el mismo efecto por códigos contemporáneos en materia procesal penal como el C.P.P. Argentino, el C.P.P. Italiano y la Ley Procesal Penal Alemana, podemos concluir que, a diferencia de lo ocurrido en los códigos utilizados en el análisis comparativo, el reformador nacional logra compatibilizar acertadamente el control de la actividad investigatoria (procesal) del Ministerio Público, que constituye una de las inquietudes básicas de los modelos acusatorios modernos, con la no intervención jurisdiccional en los actos propios de la investigación. Se garantiza así que la instauración del proceso se efectúe regularmente sin vulnerar el marco garantista constitucional ni la específica normatividad de la materia; y se

mantiene la investigación propiamente dicha exenta de intervención e injerencia jurisdiccional, respetándose así, en forma escrupulosa, la esencia acusatoria del modelo, sin resentir la operatividad del control ni la efectividad de la investigación y su exclusiva dirección por el órgano persecutor.

Esta armonización de propósitos no se plasma coherentemente en las legislaciones confrontadas, pues en unos casos se opta por mantener la judicialidad de la investigación procesal (C.P.P. Argentino), al modo de nuestro aún vigente Código de Procedimientos Penales de 1940; y en otros casos se otorga la dirección de la investigación (que realmente constituye una etapa del proceso) al Ministerio Público sin la adopción de mecanismos de control judicial inicial, pero con necesaria intervención del Juez en la decisión y actuación de pruebas consideradas de vital importancia y que no fueren reproducibles en el Juzgamiento (C. de P.P. Italiano y Ley procesal Penal Alemana), lo cual además de abdicar en el propósito de establecer un eficiente control de la regularidad-legalidad del formal cuestionamiento inicial a la presunción de inocencia del imputado (que implica la



instauración del proceso penal); hace participar al Organo jurisdiccional en los actos propios de la investigación, actos probatorios que luego deberán ser objeto de análisis y evaluación para efecto de emitir el pronunciamiento decisorio final al concluir el juzgamiento; lo que genera un compromiso del ente jurisdiccional con la actividad probatoria desarrollada, lo que podría afectar su imparcialidad respecto a la evaluación de la prueba obtenida con intervención judicial, situación

de peligro cuya evitabilidad constituye la exigencia motivadora del modelo acusatorio moderno ¹⁴, que en nuestro caso deberá sustituir al modelo mixto tradicional de nuestro viejo Código de Procedimientos Penales de 1940.

Como apreciación final podemos señalar que a nuestro parecer, el diseño del mecanismo de inicio del proceso penal constituye el logro mejor elaborado de nuestra accidentada reforma Procesal Penal.

¹⁴ o mixto reformado a decir del profesor argentino Julio B.J. Maier.