

LA POLICIALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL (A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 897)

Ricardo A. Brousset Salas*

Introducción

Luego de transcurridos dos años y medio de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo número 897, resulta oportuno un análisis/balance de las consecuencias generadas por su implementación, toda vez que la coyuntura política dentro de la cual se generó su dación ha operado un cambio democratizador que exige recuperar la institucionalidad jurídica del país, lo que en materia procesal penal requiere de la abrogación de las normas que afecten el debido proceso, así como la adecuación o el rediseño de algunas instituciones para imprimirles mayor efectividad operativa sin que se desnaturalicen en su esencia garantista, pues el incremento operado por la criminalidad (dadas las desfavorables condiciones socioeconómicas del país), hace necesario optimizar la investigación del delito dentro del marco de la legalidad constitucional, cualificación que determina su legitimidad y por ende su validez procesal, condicionantes de la seguridad jurídica de las decisiones jurisdiccionales en la materia.

Es en este orden de ideas que paso a sustentar un análisis de las normas del decreto legislativo en mención que nos lleva a establecer la inconstitucional policIALIZACIÓN que ha sufrido el proceso penal establecido para la investigación y juzgamiento de los denominados “delitos agravados”.

1. La intervención policial en nuestro proceso penal

Nuestro proceso penal históricamente ha discurrido en dos etapas: una de investigación y otra de juzgamiento, diseño procesal que se mantiene incólume desde el Código de Procedimientos en Materia

Criminal de 1863 hasra el frustrado Código Procesal Penal de 1996 (pasando por los Códigos de Enjuiciamiento en Materia penal de 1920, de Procedimientos Penales de 1940 y Procesal Penal de 1991). En cuanto a la etapa de investigación, ha sufrido modificaciones en su denominación formal (“sumario” en el Código de 1863, “instrucción” en los Códigos de 1920 y 1940, e “investigación” en los Códigos de la reforma), estableciéndose desde el Código de 1863 hasta el Código de 1940 la dirección judicial de la investigación, conforme rige hasta la actualidad; siendo que la compatibilización constitucional del derecho procesal penal hizo necesario que en los Códigos de la reforma se asignara al Fiscal la dirección de la etapa procesal de investigación, la cual se encuentra sometida a control de regularidad por parte del Juez.

Queda entonces claro que nuestro proceso penal nunca ha contado con una “etapa policial”; no existiendo la posibilidad jurídicamente sustentable de endilgarle tal rótulo a la investigación indagatoria o preliminar que lleva a cabo la Policía Nacional, en razón que:

- a) La investigación indagatoria se lleva a efecto previamente a la instauración del proceso, pues tiene por finalidad el dotar al Fiscal de la información y elementos básicos requeridos para decidir sobre el ejercicio de la acción penal. Es por ende preprocesal¹.
- b) El inc. 4 del numeral 159 de nuestra Carta Fundamental, de modo claro e inequívoco asigna al Ministerio Público la conducción de la investigación del delito desde un inicio, fijándole a la Policía Nacional un rol auxiliar en dicha investigación a título de obligación.

* Magister en derecho con mención en ciencias penales por la UNMSM, catedrático en Derecho Procesal Penal en pregrado y postgrado de la UNMSM, vocal (s) de la 2.ª Sala Penal del Cono Norte de Lima.

¹ Denominado por César San Martín Castro como “Procedimiento Preliminar” necesario cuando existe duda sobre la existencia del hecho, del ejercicio de la acción penal, de algún elemento del hecho punible o sobre la identidad de los infractores; procedimiento que también se iniciará cuando la Fiscalía no asume inmediatamente la investigación... César San Martín Castro, *Derecho procesal penal*. Tomo I, 1.ª edición, Editoria Jurídica Grijley, Lima, 1999, p. 347.



Siendo esto así, aun cuando la Policía se viera en la necesidad de avocarse a las primeras acciones de investigación, hasta que se presente el Fiscal; debe entenderse que actúa por delegación tácita del representante del Ministerio Público.

- c) Que, los actos investigatorios practicados por la policía, sin la intervención legitimante del Fiscal (salvo las diligencias realizadas mediante el respeto de las garantías fundamentales, que dada su inmediatez con los hechos e irrepetibilidad, excepcionalmente pueden considerarse prueba preconstituida²), carecen de valor para efectos del proceso, conforme se desprende del numeral 62 del C. de P.P. modificado por el D.L. N° 126.

2. De la instrucción a la investigación policial y judicial

Es el caso que, el Decreto Legislativo N° 897 rotula su primer capítulo “De la Investigación Policial y Judicial”, esto en razón que en el inciso A de su numeral primero le asigna a la Policía Nacional la investigación de los delitos previstos en el D.L. N° 896 con intervención del representante del Ministerio Público, otorgándole a la primera la titularidad de la investigación y al segundo el papel de comparsa formal para efectos legitimantes de la actuación policial, que reduce la función fiscal durante la indagatoria a la de un fedatario de legalidad.

3. Imposición de una indagatoria policial paralela a la instrucción, “autorizada judicialmente”

La norma que se comenta en su literal “f” asigna al Fiscal la obligación de comunicar al juez la petición policial de ampliación para una investigación policial complementaria, paralela al desarrollo de la instrucción por un plazo de hasta quince días; sin la menor posibilidad de aplicar discrecionalidad con respecto al referido pedido. Resulta más grave aún el hecho que ésta también obliga al Juez a “autorizar la realización de las investigaciones complementarias por la Policía” al dictarse el autoapertorio de instrucción, sometiendo no sólo al Fiscal sino también al Juez a una incómoda y desnaturalizante posición subordinada de la Policía (ente auxiliar y subordinado a éstos por

mandato constitucional), pues no le permite al Juez la mínima posibilidad de controlar la regularidad de dicho pedido en uso de la facultad discrecional que para tales efectos le confiere nuestra Carta Constitucional, cuyo ejercicio es la razón de ser de la función jurisdiccional. La pregunta que se impone es: ¿quién decide con respecto a la necesidad, procedencia y validez de la investigación policial complementaria paralela al desarrollo de la instrucción?, y desgraciadamente sólo tiene una respuesta “el instructor policial”. Entonces la autorización judicial para el desarrollo de dicha investigación policial complementaria no obedece a una “decisión jurisdiccional”, sino a una decisión policial en favor de sí misma, que por “coacción de la norma en comento” el Juez se ve obligado a expedir. Esta disposición resulta manifiestamente inconstitucional en los extremos anotados pues vulnera los incs. 1, 2 y 5 del numeral 139 así como los incs. 1, 2 y 4 del numeral 159 de nuestra Constitución Política.

Pero no sólo se vulnera la legalidad constitucional, con la “investigación policial complementaria” de marras, sino la más elemental lógica procesal. Así tenemos, si ya se ejercitó la acción penal y como consecuencia de ello se instauró un proceso penal, dando lugar a la **Etapa de investigación**, ¿qué sentido tiene prolongar la investigación indagatoria?, si ya fueron satisfechas las necesidades fiscales que la justificaban. Si una vez aperturado el proceso queda algo por investigar (lo que generalmente ocurre en todos los casos), resulta racional que esto se haga dentro de la etapa investigatoria del proceso (en nuestro caso aun “la instrucción”), por el Juez investigador investido de esa facultad; y no por la policía en sede policial y sin el menor control por parte del aún director de la instrucción⁴.

4. Complementos policializadores del proceso penal

¿Qué se pretende al sobreponer a una instrucción reducida en su duración a 20 días calendarios prorrogables a diez días más, una investigación policial complementaria paralela por un plazo de hasta 15 días con el reo detenido en sede policial a disposición del “investigador” policial? Evidentemente el objetivo de tal despropósito legislativo no es otro que el de policializar la investigación durante el proceso; lo cual si se toman en cuenta adicionalmente: a) la absurda

² Concepto que inicialmente era exclusiva del proceso civil, de difícil aplicación en el marco del proceso penal, a pesar de lo cual se ha introducido jurisprudencialmente al proceso penal, configurándose junto con la prueba anticipada, como una de las excepciones al principio general de producción de pruebas en el juicio oral, concepto jurisprudencial que no resulta nada claro y presenta unos límites poco definidos a decir de Manuel Miranda Estramples. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Manuel Miranda Estramples, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 321-323.

³ La conceptualización de prueba preconstituida a que se hace referencia corresponde a la apreciación jurisprudencial proveniente de reiteradas sentencias de la 2.ª Sala Penal del Cono Norte de Lima dictadas durante el año 2000.

⁴ Eludiéndose “la competencia judicial diferenciada” que operativiza durante la instrucción el derecho a un juez imparcial, según refiere Gimeno Sendra. *Derecho procesal penal*. Vicente Gimeno Sendra, 2.ª edición, Editorial Colex, 1997, p. 254.



reducción en el plazo de la instrucción (inc. C, numeral 2); b) la inédita limitación de los debates del juzgamiento (inc. A, numeral 3); c) la prohibición de hacer concurrir al juzgamiento a los funcionarios que intervinieron en la elaboración del atestado policial; y d) la insostenible asignación de valor probatorio al atestado policial para efectos del juzgamiento (numeral 4), nos lleva directamente a un propósito desembozado de “policializar la sentencia final”, supeditando la “decisión jurisdiccional” a ¿investigaciones? policiales impropias (al ser funcionalmente usurpatorias) que por mandato legal (entiéndase con propiedad “imposición normativa inaceptable”) cobrarían ¿valor probatorio?

Está demás anotar que la concepción y el tratamiento al mismo respecto fue totalmente distinto en el Decreto Legislativo N° 895, que denomina su capítulo III “De la investigación prejurisdiccional” y consignaba en su numeral 6: “En la investigación de los delitos de terrorismo agravado, la Policía Nacional del Perú observará las siguientes normas:...”, asignándole al Fiscal Militar intervención obligatoria en el inciso A del citado artículo; no reeditándose figura alguna homóloga a la “autorización obligatoria para investigación policial ampliatoria” dentro del desarrollo del proceso, ni otra disposición usurpatoria de las facultades “jurisdiccionales militares”. Esto pone en claro que el “legislador del ejecutivo por delegación” no requería de policializar el proceso ni la decisión jurisdiccional, porque en el caso de los delitos previstos en el D.L. N° 895, el proceso y la decisión jurisdiccional se había MILITARIZADO inconstitucionalmente.

5. A modo de conclusión: ¿para qué policializar el proceso penal?

Las razones políticas que motivan la “policialización” del proceso penal respecto de los denominados “delitos agravados” son sustancialmente las mismas que empujaron al Estado a recurrir impropriamente a la “Justicia Militar” para el juzgamiento de civiles³.

La respuesta no puede ser otra, la misma finalidad que generó en la Roma Imperial la *cognitio extra ordinem* y el procesamiento especial por “tribunales áulicos”; esto es permitir la injerencia extrínseca del poder político en las decisiones penales, respecto a situaciones que se consideran de prioritario e inmediato control, con la finalidad de tornar más drástica la represión penal, recurriendo para ello no sólo a la sobrecriminalización de las conductas, sino básicamente a la manipulación de las condiciones de su investigación y juzgamiento, apartándose del sistema de garantías y derechos preestablecidos y por ende del

debido proceso, lo que implica la utilización distorsionada del proceso para fines de prevención especial negativa, cuando su función material más importante es la protección de la persona y el establecimiento de limitaciones al Poder Estatal en cuanto a su facultad punitiva legítima.

Ampliando el espectro del análisis político de la “policialización del proceso penal” (pues ésta no se sustenta necesariamente en criterios políticos y criminales puros, sino básicamente en función de la implementación de una política de gobierno sustentada en el tratamiento psicosocial de la población), debemos señalar que además de las razones antes reseñadas, cuando el Estado recurre a ésta, inequívocamente apela a la percepción que generalmente tiene la ciudadanía de la policía, asociándola con actitudes de drasticidad represiva, la utilización de métodos probatorios violatorios de los derechos humanos y la restricción de las posibilidades defensivas del detenido; con la preconcebida intención de generar inicialmente una falsa sensación de “seguridad” en la ciudadanía frente al fenómeno criminal sometido a su “competencia”, pero a la vez generar igual o más temor que la actividad criminal enfrentada por ella, dada la sensación de indefensión que finalmente crea, práctica política propia del “Estado Policiaco” que implantó el anterior régimen a partir del año 1992.

6. Propuestas para la neutralización de los intentos policializadores del proceso penal en nuestro país

Resulta obvio que la primera medida a tomarse, con la finalidad de hacer cesar la inconstitucional policialización que ha operado la investigación y juzgamiento de los denominados “delitos agravados”, es la inmediata derogatoria tanto del Decreto Legislativo N° 897, a partir del cual se implementa fácticamente, como de los Decretos Legislativos N° 895 y 896 que establecen una denominación, régimen penal, tratamiento procesal y penitenciario especiales para una serie de delitos comunes, lo que opera como causa justificante de los despropósitos a que nos referimos en el presente trabajo.

Pero no debemos obviar que, si bien el Decreto Legislativo N° 897 evidencia de modo grosero el objetivo político de policializar el proceso penal, especialmente en su etapa investigatoria, desde la dación del Decreto Legislativo N° 126 se advierte una tendencia gradual en tal sentido, al pretender otorgarle condición de prueba a todos los actos investigatorios practicados por la policía con la intervención del Ministerio Público, para efectos del juzgamiento, según el texto modificatorio del numeral 62 del Código de

³ Ver “El debido proceso, la seguridad ciudadana y la jurisdicción militar en el Perú (A propósito de la dación del Decreto Legislativo N° 895). En *Revista de Derecho y Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM*. Vol. 56 (N° 2), 1998, pp. 341-350.



Procedimientos Penales; voluntad político criminal que se ve ratificada en la Ley N° 24388 que al modificar el numeral 72 del cuerpo normativo antes glosado, si bien adiciona exigencias formales para efectos que las diligencias investigatorias de la indagatoria policial "...mantengan su valor probatorio para los efectos del juzgamiento...", como la participación del abogado defensor en tales diligencias y la ausencia de cuestionamiento en sede judicial (además de la intervención fiscal); resulta un avance en el propósito de validar probatoriamente de modo absoluto las actuaciones policiales preprocesales, cuando en el último acápite del referido numeral incorpora el siguiente texto "...En este caso, sólo se actuarán (entiéndase en sede judicial) las diligencias que no pudieran lograrse en la investigación previa, las que se consideren indispensables por el Juez o el Ministerio Público o las que sean propuestas por el inculpado o por la parte civil..."

Si bien el último párrafo de la norma antes glosada no es aplicada de modo general por los magistrados, la sumarización del proceso penal, así como las iniciativas en pro de la reducción de los plazos de la investigación dentro del desarrollo formal del proceso, no hacen sino conducir a que tarde o temprano se venza la resistencia a la aplicación de tales despropósitos procesales. Es por esta razón, entre otras, que resulta un imperativo la entrada en vigencia del Código producto de la reforma procesal penal, con la abrogación del funesto proceso penal sumario que fue concebido como una salida temporal de coyuntura frente a la sobrepoblación carcelaria, y que sentó sus predios durante aproximadamente treinta años en nuestro país, absorbiendo en la actualidad más de dos tercios de la carga procesal en materia penal.

Aun cuando pudiera parecer contradictorio con los términos expresados en el presente trabajo, considero, contrariamente a lo señalado por el profesor Manuel Miranda Estrampes⁶, que el concepto de prueba preconstituida resulta idóneo para establecer un criterio de excepción a efecto de posibilitar la apreciación al momento del juzgamiento, previo sometimiento al debate contradictorio, de "aquellos elementos de convicción obtenidos durante la fase de instrucción o investigación que por el hecho de no poderse reproducir en el juicio oral"⁷ no constituyen prueba en puridad, estableciéndose como parámetros conceptuales, tendientes a evitar que se convierta en un mecanismo validador de actuaciones policiales o instructorias de uso indiscriminado: a) la inmediatez de la diligencia investigatoria, respecto de los hechos investigados; b) que por su naturaleza se trate de una diligencia irrepetible en sede de juzgamiento; c) que no se acredite en sede

judicial cuestionamiento fundado con respecto a la veracidad de su contenido; y d) que la misma se haya practicado mediando el respeto de los derechos y garantías fundamentales del imputado así como que se haya observado las formalidades exigidas para su validez.

Otro elemento de utilización distorsionada por la policía es la detención en flagrancia prevista a modo de excepción a la judicialidad de la dicha medida coercitiva personal, en el literal "f", inciso 24 del numeral 2 de nuestra carta fundamental. Pero debemos reconocer que en gran medida abona en favor a dicha utilización anómala, la ausencia de mecanismo legal vigente que permita la detención preliminar por mandato judicial y sujeta durante el desarrollo de la investigación indagatoria al control jurisdiccional de los criterios de proporcionalidad y necesidad que sustenten su aplicación y vigencia en el tiempo.

En razón de lo antes anotado, resulta necesario rediseñar la detención preliminar prevista en el numeral 107 del Código Procesal Penal de 1991, para posibilitar que mediando pedido del Fiscal, sustentado en evidencias justificantes, se dicten medidas coercitivas personales preliminares, incluidas entre ellas la detención de modo excepcionalísimo, estableciéndose con criterio realista en un plazo no mayor de diez días la duración máxima de tales medidas, posibilitándose por ese mecanismo ampliar la duración de la detención en flagrancia, hasta por el plazo antes señalado, **esto para la realización de la investigación indagatoria dirigida por el representante del Ministerio Público quien obligatoriamente deberá participar en todas las diligencias investigatorias a realizarse.** Esta medida legislativa no sólo optimizaría la investigación preliminar, cimentando así la etapa instructora del proceso (evitando cualquier propósito policializador de la investigación bajo argumentos eficientistas), sino que además restringiría sustancialmente la actuación policial en cuanto respecta a la restricción de los derechos ciudadanos; así como su influencia en los resultados de las investigaciones penales.

7. Bibliografía

1. ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Editorial Trivium, Madrid, 1989.
2. BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-Hoc S.R.L., 1.ª edición, Buenos Aires, 1993.
3. BROUSSET SALAS, Ricardo A., "El debido proceso, la seguridad ciudadana y la jurisdicción militar

⁶ "... el término prueba preconstituida debería desterrarse del proceso penal, toda vez que actúa únicamente como elemento distorsionador y a modo de subterfugio para justificar en muchas ocasiones, la eficacia probatoria de diligencias sumariales." Manuel Miranda Estrampes, *op. cit.*, p. 323.

⁷ ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Editorial Trivium, Madrid, 1989, pp.177-178.



- en el Perú". En *Revista de Derecho y Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Vol. 56 (Nº 2), Lima, 1998.
4. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex, 2.ª edición, Madrid 1997.
 5. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal en el estado de derecho*. Palestra Editores, Lima, 1999.
 6. MAIER, Julio B.J., *La investigación penal preparatoria del ministerio público*. Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1975.
 7. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
 8. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1999.
 9. ORTIZ J. y otros, *Código penal alemán StGB y Código procesal penal alemán StPO*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid-Barcelona, 2000.
 10. MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho judicial*. Tomos I y III, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
 11. PICO Y JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
 12. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*. Tomos I y II, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1999.