

**II. EXPOSICION DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO DE LA LEY
ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO**

Evolución histórica

(Los subtítulos son responsabilidad del autor)

La Constitución Política del Perú de 1979 ha innovado, extensa y profundamente, la organización y las funciones del Ministerio Público. Puede decirse, sin riesgo de exageración, que, en ésta, como en otras materias, es la más avanzada -jurídica, política y socialmente hablando- de las Constituciones vigentes en América Latina.

En el Perú, como en otras partes, el Ministerio Público ha integrado el Poder Judicial, desde el Reglamento Provisional de San Martín de 1821 hasta la recientemente derogada Constitución de 1933. El Proyecto de Reforma Constitucional de don Bartolomé Herrera, de 1860, continuó esa tradición, que tampoco rompió el Anteproyecto de Constitución del Estado de la Comisión Villarán, de

193 1. Todas las aludidas Constituciones llamaron Fiscales a los miembros que constituían su Ministerio -organismo al que ni siquiera nombraron- siguiendo la más antigua tradición legal europea, que los hacía representantes del Monarca, del Estado, del Fisco, para el efecto de defender sus intereses; carácter en el cual se les daba participación en los procesos penales y en aquellos otros a que se extendía su acción protectora de los súbditos.

Por lo que don Francisco García Calderón, en su Diccionario de la Legislación Peruana, segunda edición de 1879 definía al Fiscal como "el ministro encargado de promover los intereses del Fisco, defender ante las Cortes la jurisdicción ordinaria y ejercer otras atribuciones de esta clase".

Nuestra primera Ley Orgánica del Poder Judicial -la No 1510, de 28 de julio de 1912- dio, por primera vez, el nombre de Ministerio Fiscal a la Institución, atribuyéndole la representación y defensa del Estado en las causas en que éste fuese parte; acusar por los delitos e intervenir en los juicios criminales; velar por el cumplimiento de la legislación nacional, "pidiendo el remedio y castigo de los abusos que notaren"; defender la jurisdicción nacional, el patronato, las obras y legados píos y los intereses de Beneficencia y de menores y otras de menor importancia. La que la derogó y está vigente -D.L. No 14605, de 25 de julio de 1963 -, aunque modificada y derogada parcialmente, parchada, en suma, lo llama ya Ministerio Público. Pero aparte de su membrete, y de que le da la representación de un vago "interés social", más bien disminuyó sus funciones y atribuciones en relación con la de 1912, si se atiende a que le atribuye velar por el cumplimiento de la Constitución y de las leyes "en los casos en que le corresponde intervenir" y ejercer la representación del Estado, "en los casos en que sus Procuradores no estén encargados de esta función"; casos éstos que noson todos los comprendidos en la Ley Orgánica que derogó.

El Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, pretendiendo "trabajar sobre la realidad social del país, motivarse en los postulados renovados de la Revolución y, en función de ambos, replantear el problema de la administración de justicia en el Perú", suprimió los Fiscales de la Corte Suprema, asignó las atribuciones de su Fiscal en lo Administrativo a la Oficina Nacional de Asuntos Jurídicos y atribuyó la defensa de los intereses y derechos del Estado en juicio a los Procuradores Generales de la República, nombrados por el Gobierno en el número que fuese necesario para atender a esa representación y esa defensa.

Una de las más liberales Constituciones que ha tenido el Perú -la de 1856- creó el Fiscal de la Nación, como cabeza de los Fiscales y Agentes Fiscales de la República, "para vigilar sobre el cumplimiento de las leyes", aunque formando parte del

Poder Judicial. La Constitución de 1860 lo suprimió, sin que volviese a figurar en las siguientes, incluida la de 1933.

"En nuestra sociedad, que padece tan hondamente los sufrimientos de la arbitrariedad en el Poder, hay ansia de una Justicia fuerte e inmune, capaz de amparar a las víctimas de las ilegalidades de arriba", escribió la Comisión Villarán en la Exposición de Motivos de su Anteproyecto de Constitución de 1931. Y agregó: "En realidad, los Fiscales de la Suprema no son actualmente Fiscales en el sentido propio de esta palabra: son consejeros del Tribunal. La principal y más característica atribución del verdadero Fiscal es la dirección de los procedimientos penales en calidad de acusador público. Esto no hacen los Fiscales de la Suprema: se limitan, en los procesos criminales, como en los civiles, a dar su opinión ilustrativa al Tribunal. El Proyecto les cambia, por estos motivos, el nombre de Fiscales por el de Consejeros".

Pero creó el Fiscal de la República, con las atribuciones de supervigilar a los funcionarios judiciales de Primera y Segunda Instancia, pudiendo requerirlos para el exacto cumplimiento de sus obligaciones"; acusar por delitos contra la autoridad de la Constitución y los deberes de función; "promover y sostener recursos contencioso-administrativos contra los actos y resoluciones de naturaleza administrativa emanados del Poder Ejecutivo o de cualesquiera corporaciones públicas que sean ilegales y opuestos al interés nacional"; iniciar y sostener "las acciones civiles de nulidad o rescisión de los actos y con 'tratos celebrados por la Administración como entidad de derecho privado que fueren ilegales o lesivos al interés nacional", entre otras de manifiesto interés público. Y también decía la Comisión Villarán en su Exposición de Motivos referida: "La autonomía del Poder Judicial ofrecería cierto peligro si no se crease una entidad que la modere. Esta entidad necesita estar fuera de la jerarquía judicial y, al mismo tiempo, tener con la magistratura cierta afinidad de espíritu. Debe hallarse, además, alejada del ambiente político. Ni el Presidente, ni el Ministro de Justicia reúnen esos requisitos. Esta es una razón esencial en favor de la creación del Fiscal de la República". La Constitución de 1979 ha recogido estos principios, que inspiraron a los Constituyentes de 1856 y a los ilustres juristas que integraron la Comisión Villarán de 1931.

Ley Orgánica del Ministerio Público

¿Qué es una ley orgánica? García Calderón escribió en su "Diccionario de la Legislación Peruana." que "se llama ley orgánica o reglamentaria a la que tiene por objeto arreglar los deberes y atribuciones de una persona o cuerpo y el modo de ejercerlas. Las leyes orgánicas se dan, por lo regular, para servir de complemento, a la Constitución".

El Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas dice que es "la dictada con carácter complementario de la Constitución de un Estado, por ordenar ésta la formación de una ley especial para desenvolver un precepto institución"; y que es, "así mismo, la disposición legal que estructura una rama fundamental de la Administración Pública, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley orgánica del Notariado, etc.". Similar es la definición que da la Enciclopedia Jurídica Omeba. Finalmente, el Diccionario de la Academia de la Lengua la define como "la que inmediatamente se deriva de la Constitución de un Estado y contribuye a su más perfecta ejecución y observancia".

Una Ley Orgánica es, pues, enteramente distinta de una Ley de Bases. Aquella tiene que ser reglamentaria, porque, efectivamente, reglamenta una institución establecida por la Carta Fundamental de un Estado. La de Bases en cambio, como lo explica el Profesor Manuel Osorio y Florit, en la frecuente "necesidad de dictar leyes de gran complejidad y a veces de gran extensión que ofrece muy serias dificultades para una elaboración realizada por un organismo colegiado", el Congreso aprueba las leyes básicas, "entendiéndose por tales las que, sin entrar en el desarrollo minucioso de la ley de que se trata, establecen las normas o principios inspiradores del sentido de la ley a fin de que sobre ellos el Poder Ejecutivo complete el texto legal en todos

sus detalles, respetando la orientación recibida del Parlamento y sin perjuicio del derecho de éste de rechazar la Ley" (Enciclopedia Jurídica Omeba).

Nuestra tradición jurídica sobre "leyes orgánicas" coincide con sus definiciones precedentemente transcritas. Así son, por ejemplo, la Ley Orgánica de Municipalidades de 1892, las del Poder Judicial de 1912 y 1963. En el caso, de esto se trata: de una "ley orgánica" encargada al Poder Ejecutivo por delegación del Congreso. Nada menos que de la Ley Orgánica de una institución tan novedosa en el Perú como el Ministerio Público, cuyas funciones y atribuciones han sido sólo enunciados en el art. 2500 de la Constitución y su organización solamente delineada en su art. 2510, que concluye mandando que una Ley Orgánica fije las demás disposiciones relacionadas con su estructura y su funcionamiento.

Defensa de los derechos fundamentales de la persona

El Proyecto se propone dar solución, o, por lo menos, alivio, a varios defectos que afligen a la Justicia en el Perú. No sólo a la que administra el Poder Judicial, particularmente en el proceso penal, sino también a la que corre a cargo del Poder Administrador en sus relaciones con los administrados. El Proyecto, pues, ha de tratar de cumplir la voluntad de la Constitución vigente al respecto, expresada a través de su letra. No sólo en el texto de su art. 2500, sino a lo largo de toda ella, especialmente en los primeros capítulos de su Título 1. Los derechos fundamentales de la persona, los derechos humanos, los que distinguen una sociedad civilizada, solidaria y cristiana de otros grupos primitivos, no sólo han de ser el tema preferido de los discursos de ocasión o de la demagogia. Es indispensable y urgente que sean efectivamente observados y que, en todo caso, una institución organizada jerárquicamente, con funciones y atribuciones muy claramente establecidas en la Ley -en una Ley Orgánica, en el sentido que la quieren la doctrina y la legislación los hagan respetar y cumplir. Esta institución no puede ser otra que el Ministerio Público, de acuerdo con la vigente Constitución.

Defensor del pueblo

El Ministerio Público ya no es el representante del Estado en juicio -en el sentido que se entendía bajo la antigua legislación ni el defensor de sus intereses inmediatos. Para ello están los Procuradores Públicos, abogados libremente nombrados y removidos por el Gobierno con carácter eventual o permanente, de acuerdo con el art. 1470 de la Constitución. Lo que al Ministerio Público le corresponde ahora, en el ámbito de sus funciones, es hacer realidad y dar vigencia a lo que expresan su Preámbulo y su art. 10: que "todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado" y que "la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Porque esto, principalmente: quiere que sea, la Constitución le encarga "la defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la Ley" y "actuar como defensor del pueblo ante la administración pública" -art. 250, 1 y 4-. Esto es, evidentemente, lo más novedoso del reciente Ministerio Público del Perú. Conviene, advertir que, no obstante, los interesantes atisbos de la Constitución de 1856 y del Proyecto de 1931, ya señalados, la atribución se ha inspirado en el art. 54 de la Constitución Española de 1978, que ha creado al Defensor del Pueblo como institución independiente del Ministerio Fiscal. Alvaro Gil Robles ha publicado, en 1979, su "Proyecto de Texto Articulado de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo" para reglamentar el art. 54 citado, con un erudito estudio sobre sus orígenes históricos, que los remonta directamente al Justicia Mayor de Aragón, creado por las Cortes de Ejea en 1265, diferenciándolo de El Sahib al Mazalin, un juez de la España Musulmana, a quien, mas bien, sitúa en la línea del Ombudsman escandinavo, que tuvo su cuna en Suecia, en 1713.

Por razones obvias, el Proyecto de Gil Robles ejerce una notoria y marcada influencia en el Proyecto acompañado en cuanto éste se refiere a las atribuciones del Ministerio Público como defensor del pueblo ante la Administración Pública.

Representación de la sociedad

Cuando el Ministerio Público actúa en juicio lo hace en representación de la sociedad, según el pertinente mandato constitucional. No de una sociedad cualquiera -no de una sociedad frívola, egoísta, o totalitaria y abusiva-- sino de una como la Constitución vigente la quiere y lo dispone a lo largo de su íntegro texto. Por tanto, el Ministerio Público tiene la obligación de defender en juicio, cualquiera que sea, a los menores, a los incapaces, a los ausentes, a las mujeres sin bienes propios, a los que tienen derecho a invocar la protección y la acción del Estado, porque son la parte débil del proceso. Y esa defensa la debe hacer no sólo con los medios tradicionales en un país civilizado, con los claramente establecidos en la ley escrita, sino con todos aquellos que emergen del ordenamiento jurídico de la Nación, incluso con aquéllos que no están aún convertidos en ley, pero que postulan los Principios generales del Derecho, particularmente los que inspiran el Derecho Peruano, que debe tener en consideración en los casos de deficiencia de la legislación nacional.

Facultad legiferante y actividad interpretativa e integradora de la ley

En estos casos el Fiscal de la Nación, como cabeza y director del Ministerio Público, en cuanto órgano jerarquizado y principalmente responsable de la observancia de la Constitución y la ley, debe estar premunido de la facultad de elevar al Presidente de la República los proyectos de ley y de reglamentos que le son propios a su Ministerio, para los efectos a que se refieren los arts. 190 y 211, inc. 11, de la Carta. No han de ser raros estos casos, si se tienen en cuenta la novísimas atribuciones y funciones que ahora le corresponden. Y si se quiere que éstas se realicen, que las pertinentes disposiciones constitucionales no queden en letra muerta -como desgraciadamente ha sido frecuente en el país-, que la Institución no se anquilose; al Fiscal de la Nación hay que darle facultad legiferante, traducida en los proyectos que habrá de menester. Entre tanto, al Fiscal de la Nación corresponderá la actividad interpretativa y a veces integradora de las normas jurídicas que al Ministerio Público le reconocen los tratadistas y se advierte en legislaciones como la mejicana y argentina. Y en virtud de los principios de unidad, indivisibilidad y jerarquía con que actúa el Ministerio Público, según la doctrina, y que claramente le reconocen los arts. 250 y 251 de la Carta, la Institución podrá funcionar en el Perú adecuándose a las variables necesidades sociales y las diversas circunstancias que inciden en el Orden Público. A esta finalidad obedecen las "instrucciones" a que se refiere el Proyecto.

Prevención del delito

Puede ocurrir que se pretenda que al Ministerio Público no le corresponde la prevención del delito, dentro de ciertos límites impuestos por la compleja realidad de éste y la multiplicidad y heterogeneidad de sus causas y factores. No es de esperar que se pretenda lo mismo en cuanto a "velar por la moral pública", como se declara en el art. 10 del Proyecto, que se refiere a uno y otro asunto. Hay, en estos días, un clamor público en contra del libertinaje con que se exhiben películas cinematográficas obscenas y se venden, en calles y plazas, revistas, estampas y figuras libidinosas, que corrompen a los menores y causan desmoralización en la sociedad. ¿Podrá, entonces, decirse que no es de la incumbencia del Ministerio Público, como defensor de la sociedad en juicio -y, por ende, fuera de él, para el efecto de ejercitar las acciones y recursos que correspondan- la de "velar por la moral pública"? Si lo admitimos, ya estarnos aceptando una cierta forma de prevención de las conductas antisociales y no sólo de su sanción posterior. Conviene recordar que el Código de Menores -vigente desde 1962- contiene valiosas normas al respecto, generalmente incumplidas, porque, no obstante existir como mandatos legales, no ha habido un órgano adecuado y en aptitud de hacerlas respetar. Nuestros jueces, de todas las

competencias y categorías, están demasiado abrumados por los procesos que tienen en trámite y los pendientes de sentencia para que se puedan ocupar de tareas de salud social como las aludidas; y los directores de escuelas, inspectores escolares, autoridades de policía y cualesquiera otras, ya tienen de sobra con sus problemas rutinarios para meterse a denunciantes y subsecuentes interesados en la investigación de actos socialmente corruptores.

no adecuado y en aptitud de hacerlas respetar. Nuestros jueces, de todas las competencias y categorías, están demasiado abrumados por los procesos que tienen en trámite y los pendientes de sentencia para que se puedan ocupar de tareas de salud social como las aludidas; y los directores de escuelas, inspectores escolares, autoridades de policía y cualesquiera otras, ya tienen de sobra con sus problemas rutinarios para meterse a denunciantes y subsecuentes interesados en la investigación de actos socialmente corruptores.

En cuanto a la prevención de los delitos, ¿acaso no está atribuida, en cierta forma y limitadamente, al Juez Instructor, si bien se lee? Porque, ¿no implica, acaso, un medio de í)revenir un nuevo delito la revocación de la condena y de la liberación condicional, así como de la libertad provisional, que autorizan los arts. 56, 57, 60 y 61 del Código Penal y 114 del Código de Procedimientos Penales? Y el internamiento en un hospital o en un hospicio del delincuente eximido de pena o de responsabilidad restringida que ofrecen peligro para la seguridad o el orden públicos, que los arts. 89 y 91 del Código Penal conceden al Juez, ¿no son formas de Prevención de delitos? Lo que ha ocurrido es que el Juez Instructor y el Tribunal Correccional, en su caso -aparte de deficiencias materiales hartamente conocidas- no han tenido el tiempo necesario, ni los elementos de juicio indispensables para dar realidad, vigencia, vida, a tan previsoras disposiciones del Código Penal de -1924 y de Procedimientos Penales de 1940. Luis Jiménez de Asúa, el ilustre Profesor español de Derecho Penal, ha comentado admirativamente las generosas elaboraciones doctrinarias de don Pedro Dorado Montero, hace ya largo tiempo, a las que su autor dió el título de "Derecho Protector de los Criminales". Y, más recientemente, don Niceto Alcalá Zamora y Castillo ha escrito elocuentemente distinguiendo el "Derecho Procesal Penal Represivo y el Derecho Procesal Penal Preventivo" y abrigando la esperanza de que hemos de llegar al "Derecho Penal sin Penas". Si los criminales son, por regla general y en varia medida, enfermos, casos de -patología humana; y si el Perú es un país de muy escasos recursos materiales -y lo ha de seguir siendo aún por un buen tiempo ¿por qué negarle al Ministerio Público una cierta función preventiva del delito? El Proyecto se ha decidido por concedérsela y de aquí las disposiciones que contiene al respecto.

Función de la Policía

Las funciones preventiva y represiva del delito y las tutelares que el Proyecto encarga al Ministerio Público serían prácticamente imposibles si no contara, por disposición expresa y clara de la ley, con los servicios indispensables de la Policía de Investigaciones y de la Guardia Civil. Si la vigente Ley Orgánica de la primera -D.L. No 18071- declara que son sus funciones "investigar la comisión de delitos perseguibles de oficio y descubrir a los responsables a fin de denunciarlos a la autoridad competente". "colaborar con las autoridades respectivas en la ejecución de las medidas tutelares aplicables al menor", practicar peritajes criminalísticos, identificar a las personas y las demás que señala su art. 5, no se ve razón alguna para que no actúe, en dichas materias, bajo la supervigilancia del Ministerio Público. Se le daría así ' legalidad a los atestados policiales, a menudo tachados por los reos y sus defensores de ¡legales y aun infractorios de los derechos fundamentales de la persona humana, y desprovistos de valor probatorio por el Código de Procedimientos Penales. No se trata, como sucede ahora ' que un

pequeño sector de la P.I.P., bajo el nombre de Policía Judicial, pase bajo la dependencia del Ministerio Público para sólo los efectos apuntados.

Se quiere que toda ella, con sus laboratorios y equipos, con su personal especializado en pericias de todo género, adhiera al Ministerio Público, dejando siempre al sector llamado Policía Judicial, como auxiliar y dependiente de este Poder. La lucha contra la creciente criminalidad exige que se unan esfuerzos -y no que se mantengan disociados-: que a la escrupulosa observancia de las disposiciones constitucionales y legales durante la investigación policial se agregue la técnica criminalística, la ciencia de los laboratorios, de los equipos fotográficos, de la dactiloscopia y la identificación personal. Por supuesto que todo ello ha de ser "sin perjuicio de su autonomía científica, iniciativa profesional y cumplimiento de los mandatos de autoridad competente", así como de sus superiores jerárquicos en cuanto a su organización interna, que otras leyes especiales determinan. Cosa parecida, aunque no exactamente igual, debe pasar con la Guardia Civil. A ésta fe corresponde, conforme a su Ley Orgánica vigente -D.L. No 18069- "prevenir la comisión de delitos", "detener a los sospechosos de hechos delictuosos", "colaborar con las autoridades respectivas en la ejecución de las medidas tutelares aplicables al menor". Si a esto se agrega que la Guardia Civil es la Fuerza Policial que cuenta con mayor número de efectivos y que cubre todo el territorio nacional, es evidente que su colaboración para prevenir los delitos y aprehender a los delincuentes es insustituible. El Proyecto la obliga a prestar su concurso para tales fines comunes ambas instituciones -el Ministerio Público y la Guardia Civil; y requiere a Policía Femenina, preferencialmente, para la protección de los menores e incapaces- Como el art. 22 de su citada Ley Orgánica divide el territorio de la República en Regiones de Guardia Civil, éstas en Jefaturas Departamentales, que accionan a las que en el medio rural se subdividen en Sectores y Líneas, y tienen como elementos básicos a los Puestos y en las ciudades a las Comisarías, a ellos hace referencia el Proyecto.

Realidad carcelaria

El argumento decisivo que se puede dar en favor de una reforma a fondo, que incida particularmente en un procedimiento penal mejor adaptado a nuestra realidad, es la situación en que se encuentran los internos de los llamados Centros de Readaptación Social, que han puesto de manifiesto los recientes Censos Penitenciarios del Ministerio de Justicia.

El 15 de setiembre de 1980 se realizó el del Centro de Reeducación Taller y Escuela para Mujeres, de Chorrillos, encontrándose 423 internas, de las cuales 362 eran inculpadas y 61 condenadas; y sus delitos, por tráfico ilícito de drogas, 327; por delitos contra el patrimonio, 47; y por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, 44, sin contar delitos menos graves. El 31 de octubre de 1980 se efectuó el censo del llamado Establecimiento de Sentenciados, de Lima, también llamado Centro de Readaptación Social "El Sexto", encontrándose que 696 eran inculcados y 242, sentenciados; y sus delitos, contra el patrimonio, 526; tráfico ilícito de drogas, 248; y contra la vida, el cuerpo y la salud, 85. El 21 de noviembre, el censo del CRAS de Ica, encontrándose que de 373 internos, 211 eran inculcados y 162, sentenciados; y sus delitos, contra el patrimonio, 220; contra el honor sexual, 56; y homicidio, 43. Y el 28 de noviembre el de la Cárcel Pública del Callao, con 70 internos, de los cuales 35 eran inculcados y 35, sentenciados; y sus delitos, contra el patrimonio 43; tráfico ilícito de drogas, 16, y homicidio, 8.

¿A qué se debe esta dramática situación jurídica de los internos en las cárceles del país? En buena parte, indudablemente, a "la explosión demográfica" producida a partir de 1940. El demógrafo Juan Wícht ha explicado documentadamente cómo en el pasado antiguo, hasta 1890, la tasa de crecimiento anual de la población peruana fue de 0.5%, y de 1890 a 1940 de más o menos 0.90%, con una población mayoritariamente rural y una esperanza de vida de 36 años. Lima tiene, por entonces, 120,000 habitantes. Pero en la década del 40 se produce "la explosión": la tasa aumenta a 3.04% en 1965 -fenómeno único en el Mundo- y en promedio, en

este período, es de más o menos 2.7%. Wicht ha examinado detalladamente esta "explosión" y sus consecuencias, que califica de muy graves, en sus variados aspectos sociales y económicos: crecimiento desmesurado de la población urbana y éxodo del campo, con la crisis subsecuente de vivienda, servicios, alimentación, desempleo. En 1980, sobre una población total estimada en 17'779,000 habitantes, 5'800,000 es rural, mientras que sólo en Lima habitan 5'082,000 y en el resto de las ciudades, 6'897,000. De esa población total, 7'606,000 son menores de 14 años de edad, o sea el 45%, y 6'872,000 son de 15 a 39 años; y una población económicamente activa, real, en 1979, de sólo 2'307,000 sobre 9'266,000 en edad de trabajar. Paralelamente a esta "explosión demográfica", es incalificable la desproporción en el aumento del servicio judicial, en personal y recursos materiales. Siendo cierto, pues, todo esto, para descargo del Poder Judicial, no bastará que se cubran las plazas creadas ni que se le dote de más y mejores locales y muebles. El Poder Ejecutivo lo ha comprendido así al crear, por intermedio de su Ministro de Justicia, Comisiones Reformadoras de los Códigos y la legislación vigente.

Acción penal

El Proyecto enfrenta el problema desde el punto de vista del Ministerio Público y el procedimiento penal. En relación con los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto, se inclina por el acusatorio, un poco a la manera norteamericana, como un medio de aliviar el trabajo del Juez Instructor, para que sea, efectivamente, Juez, y, como tal, director de la instrucción. Y además, Juez de Fallo en mucho más tipos delictivos que ahora, para descongestionar el Despacho de causas pendientes, sin aumentar los jueces hasta el número que se necesitaría para lograrlo dentro del procedimiento vigente -lo que la situación fiscal no permite-, y resolver en menos tiempo la situación jurídica de los procesados penalmente. Para estos efectos el Proyecto convierte al Ministerio Público en el Titular de la acción penal pública. El agraviado o cualquiera del pueblo, en los casos de acción popular, denuncia los hechos que considera delictuosos y a su imputado, al Fiscal de Primera Instancia en lo Penal -y no al Juez Instructor, como sucede ahora quien puede, alternativamente y a su arbitrio, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizar la denuncia ante el Juez Instructor, que debe abrir la instrucción, cuya prueba recae en el Ministerio Público.

En previsión de los riesgos implícitos en el "nemo iudex sine actore", aparte de la queja que puede interponer el denunciante contra el Fiscal negligente o parcializado ante el Fiscal Superior, el Juez Instructor también puede abrir la instrucción de oficio, en los casos que ha de señalar la Ley orgánica del Poder Judicial.

Acusación fiscal

Recibida la instrucción por el Fiscal Superior, éste puede pedir su ampliación, que el Tribunal no puede negar; o pedir su archivamiento- Provisional instruyendo independientemente al Fiscal Provincial en lo Penal para que amplíe la investigación policial que originó la instrucción archivada provisionalmente a fin de identificar y aprehender al responsable; o formular acusación sustancial, si las pruebas actuadas lo han convencido de la imputabilidad del inculpado; o acusación meramente formal -para que se pase a la etapa de juzgamiento- si abrigase dudas razonables sobre su imputabilidad. En este caso instruye al Fiscal Provincial para que actúe las pruebas que faltasen en una investigación policial ampliatoria, con citación del acusado formalmente y de su abogado, que será ratificada en el acto del juzgamiento.

Puede que alguien pretenda que esto es contrario al principio "in dubio pro-reo"; pero no es así. El "in dubio pro-reo" obliga al Juez, pero no al acusador público, al defensor de la sociedad. A éste lo obliga el principio "in dubio pro societate" ' Así lo prescribe nuestra Constitución, que ha ubicado el "in dubio pro-reo" en su artículo 233

inciso 7, en tanto que al Ministerio Público le atribuye "representar en juicio a la sociedad" - Art. 250, 3.

Lo que ahora ocurre es que si el Fiscal pide ampliar la instrucción o que se declare que no hay lugar a juicio y se archive la instrucción y el Tribunal fuese de distinto parecer le manda acusar -lo que, evidentemente, es un prejuzgamiento-, y si el Fiscal mantiene su opinión, interpone recurso de nulidad, que se resuelve en meses o, en el mejor de los casos, en semanas -lo que es una violación de la libertad física del reo en cárcel que sufre una detención prolongada Por causa de discrepancias de opiniones en cuanto al mérito de la instrucción, entre su Fiscal y quienes han de ser sus jueces.

Función consultora

El Proyecto mantiene el dictamen ilustrativo del Ministerio Público en algunos casos. Parecería que no es coherente con su tendencia a la abreviación de trámites en aras de la celeridad de la justicia. Incluso se puede decir que dicho trámite es contrario al principio "iura novit curia". Se puede contestar diciendo que el Proyecto exige para este dictamen el mandato expreso de la ley; y que cuando lo dispone en ese carácter es por la importancia que el asunto tiene -como en la extradición- o en Primera Instancia ' cuando considera que es conveniente una breve demora inicial, en cambio de una mejor resolución judicial, por confrontarse la opinión del Fiscal con la del Juez sobre la solución que debe darse a un litigio determinado.

Habeas Corpus y Acción de Amparo

Si se lee atentamente el art. 2950 de la Constitución no ha de parecer insólito que se atribuya al Fiscal Supremo en lo contencioso-administrativo emitir dictamen previo a la resolución de la Corte Suprema en los procesos de habeas corpus y amparo. Según sus más antiguos antecedentes históricos, el habeas corpus protege la, libertad física de la persona natural.

No sólo cuando ésta la pierde o la ve restringida por acto arbitrario de la autoridad - prisión, arresto domiciliario- sino también en los casos en que es tomada en rehenes, o sustraída o secuestrada, o raptada por cualquiera otra persona. Así en los casos del menor sustraído por su padre del domicilio y cuidado de la madre, o a la inversa; de la mujer abusivamente retenida por su marido, cualesquiera que fuesen las causas; del anciano pródigo, encerrado por sus parientes en una clínica, en salud o contra su voluntad; del impedido sin causa legal de transitar por el territorio nacional o de salir o regresar a él; y, en general, siempre que el bien perdido sea la libertad física del individuo, nacional o extranjero, capaz o incapaz, varón o mujer. Le alcanza, también, esta protección constitucional cuando, sin haber perdido efectivamente su libertad física, está ciertamente amenazada o en inminencia de perderla sin justificación legal.

No hace infundada la acción de habeas corpus el hecho de que, en el caso concreto, el agraviado disponga de otras acciones para sancionar a quien lo priva de su libertad corporal o lo amenaza porque siendo el objeto específico del habeas corpus restablecer el derecho constitucional vulnerado sin dilación alguna no puede quedar supeditado este específico objeto a los trámites y formalidades inherentes al "debido proceso", conforme a las cuales deben plantearse y tramitarse para que se resuelva el derecho del padre o de la madre, de la mujer o del marido, para tener consigo al hijo común o para que habite en el domicilio conyugal o fuera de él. Pero el habeas corpus -"presentame el cuerpo"- es una acción constitucional brevísima, que tiende a restablecer una situación de hecho alterada por la violencia, la astucia o la arbitrariedad, que un Estado de Derecho no puede tolerar. Y como puede haber -y a menudo las hay- alegaciones de una y otra parte, el Proyecto atribuye el dictamen al Fiscal Supremo en lo contencioso-administrativo y no en lo Penal siguiendo el criterio rector de la especialidad jurídica de cada Fiscal, que lo inspira.

Más clara es la situación legal en cuanto a la acción de amparo. El acto reclamado por

esta vía es, casi siempre, un acto de soberanía o imperio, mediante el cual el órgano estatal afecta coactivamente la esfera de acción legal del gobernado. Estos son los que el particular afectado imputa a la autoridad contraventora de la Constitución; y si en el tiempo son actos futuros, hay que distinguir entre los remotos o inciertos contra los que no procede el amparo- y los inminentes, contra los que sí procede.

Por esta razón, el dictamen previo a la resolución final se lo atribuye el Proyecto al mismo Fiscal Supremo.

Fuente legal

La literatura jurídica consultada para la elaboración del proyecto ha sido extensa y variada. No sólo la nacional, involucrada en su texto, sino además, la extranjera más reciente que ha sido posible obtener. Así, por ejemplo, La Ley Orgánica del Ministerio Público de Venezuela de 16 de setiembre de 1970; la Ley de la Procuraduría General de México, de 27 de diciembre de 1974; el Proyecto de Ley Orgánica del Defensor del Pueblo de España, de Alvaro Gil Robles, de 1979; los Proyectos de Ley del Comisionado Parlamentario de Canadá, de 1964; del Ombudsman de Hawai, de 1967; del Ombudsman de Alberta, de 1967, han sido las más consultadas.

Al Fiscal de la Nación y a los miembros del Ministerio Público del Perú ha de corresponder ahora, convertir en realidad las aspiraciones que trasunta el Proyecto como obra aun deficiente, pero perfectible con el tiempo.

Lima, febrero de 1981.

