



ESTUDIO ORÉ GUARDIA
ABOGADOS

LA INVESTIGACIÓN PENAL DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN
ENTRE EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA
POLICÍA

MAYO 2024

La investigación penal desde la perspectiva del derecho comparado. Especial referencia a la relación entre el ministerio público y la policía

Gerson W. Camarena Aliaga¹

A nuestra consideración, el análisis de la relación entre la Policía y el Ministerio Público como agentes que participan en la fase de investigación requiere tener en cuenta al derecho comparado, ya que – como afirma LERNER– “no sólo nos ayuda a entender mejor el derecho como creación cultural, sino que proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos, lo que en definitiva ayuda también a entender e interpretar el sistema propio”².

Como veremos a continuación, en diversos ordenamientos europeos de tradición jurídica europeo-continental la investigación de los delitos y faltas es competencia tanto de la Policía como del Ministerio Público, donde la Policía asume una labor de asistencia directa a los órganos encargados de la investigación³. Es decir, ambos están obligados (por disposición legal) a perseguir el hecho delictivo; aunque, solo se pone en cabeza de uno de ellos, el Ministerio Público, la completa responsabilidad de garantizar la legalidad del proceso y de que este se realice de manera objetiva y respetando las reglas de un Estado de Derecho.

Así, por ejemplo, en *Italia*, el cuerpo de policía judicial está obligado a dar cumplimiento a las órdenes que le dirija el ministerio público. El art. 327.1 del CPP italiano establece que “El Ministerio Público dirige las investigaciones y dispone directamente de la policía judicial que, incluso después de la notificación del delito, continúa realizando actividades de oficio según los métodos indicados en los artículos siguientes”; lo que también guarda relación con el art. 109 de la Constitución italiana que “En particular, la policía judicial depende del fiscal. Está compuesto por todos los miembros de la policía, aunque sean de diferentes cuerpos (Carabinieri, Guardia di Finanza, etc.)”

De este modo, se reconocen dos aspectos relevantes en la legislación italiana: por un lado, la autoridad investigadora tiene a disposición a la policía judicial para el desarrollo de la actividad investigadora; y, por el otro, se trata de una dependencia “funcional”, mas no “jerárquica” u “orgánico-estructural”, es decir, se encuentra vinculada periódicamente a las tareas que se le encargan, puesto que la policía judicial depende estructuralmente de los Ministerios o poderes locales⁴.

¹ Abogado del Estudio Oré Guardia. Doctor *cum laude* en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente de Derecho penal y Derecho procesal penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad San Ignacio de Loyola.

² LERNER, Pablo. Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín mexicano de derecho comparado* [online]. 2004, vol.37, n.111 (última visita, 20 de marzo de 2024), p. 919.

³ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, *El policía infiltrado*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2010, p. 239.

⁴ <https://www.brocardi.it/costituzione/parte-ii/titolo-iv/sezione-i/art109.html>

Al respecto, conviene precisar tres cosas:

- La policía judicial, según el art. 56 CPP, opera según sea: *ij*) los **servicios de policía judicial**, que se refieren a unidades individuales de la policía, como el ROS (grupo operativo especial), el SCO (servicio operativo central de la policía estatal), el RIS (departamento de investigaciones científicas) o las distintas unidades antiterroristas; o, en un nivel más cercano de dependencia funcional, se encuentran *ii*) las **secciones de policía judicial**, establecidas en cada Ministerio Público con el fin de garantizar la presencia asidua y colaboración con el órgano que dirige las averiguaciones previas, es decir el ministerio público.
- Los distintos magistrados de la fiscalía, según el art. 58 CPP⁵, tienen acceso inmediato y directo al personal policial de la sección de policía judicial establecida en la fiscalía; pero también podrán hacer uso del personal de otras secciones, así como de cualquier servicio u organismo de policía judicial.
- La limitación “funcional” se expresa esencialmente en la facultad de solicitar la intervención de la policía judicial en el ejercicio de sus poderes coercitivos, en la facultad de dictar directivas relativas a las investigaciones y en la facultad de delegar específicamente determinados actos (incautaciones, escuchas telefónicas, etc.).

Visto así, se observa que el legislador italiano, al mismo tiempo que encomienda al cuerpo de policía judicial la realización de la investigación, establece además una relación de dependencia funcional sobre el modo en que se desarrollará la actividad del esclarecimiento de los hechos. En palabras de Greco, “se puede decir que [la policía judicial es] el ‘brazo operativo’ del Ministerio Público durante la actividad investigativa”⁶.

En *Alemania*⁷, tanto la Policía como el Ministerio Público tienen la facultad de investigar aquellos los hechos de persecución penal. El legislador ha establecido, que el Ministerio Público, como órgano de la administración de justicia, es el que conduce la investigación y, por tanto, el responsable de garantizar su legalidad, esto es, respetando las reglas del Estado de Derecho.

En consecuencia, aun cuando la Policía puede realizar la investigación inicial de forma independiente, el Ministerio Público puede ordenar en cualquier momento que se le informe sobre el Estado de la investigación, que se realicen determinadas diligencias, el tipo o extensión de estas, intervenir en las actuaciones o, incluso, pedir que se le entregue el caso para conducir por sí mismo la investigación.

El Ministerio Público, sin embargo, no es el superior jerárquico de la Policía. La Policía es un órgano propio de la Administración Pública, que pertenece al Ministerio del Interior (del Estado Federado y de cada uno de los 16 Estados). Las órdenes que emite el representante del Ministerio Público son

⁵ El art. 58 CPP italiano establece: “1. Cada ministerio público tiene su propia sección” y “2. Las actividades de policía judicial (...) serán realizadas por la sección creada en el Ministerio Fiscal correspondiente”.

⁶ GRECO, Angelo, *La costituzione per tutti*, Milano, Gribaudo, 2022, p. 408.

⁷ Para el análisis sobre la legislación procesal alemana se ha tomado como referencia el reporte elaborado por Liz Chipa Ávila, LL.M. por la Universidad de Freiburg, Al respecto, véase: <https://n9.cl/6jzs0f>.

solo respecto al caso en concreto, como órgano responsable de la correcta conducción de la investigación. En consecuencia, el Ministerio Público solo está facultado a dar órdenes (emitir mandatos de organización jurídica⁸) a la Policía en cuanto al cumplimiento de su función de persecución penal, y solo respecto al concreto caso que se investiga, no más allá.

La Policía está facultada para realizar actos de investigación, a fin de esclarecer el hecho penal (delito o infracción administrativa) que ha tomado conocimiento, en dos supuestos:

- a) Cuando la Policía recibe una orden concreta del Ministerio Público para realizar una investigación en un caso determinado (§ 161 StPO [Ordenanza Procesal Penal Alemana]). Así pues, el Ministerio Público puede encargarle a la Policía que realice la investigación, de manera independiente, o solo que realice determinados actos o determinar la extensión de su ejecución. En cualquier caso, el Ministerio Público, como responsable de la conducción de la investigación y de garantizar el adecuado desarrollo de esta fase del proceso, puede disponer u ordenar que se realicen o dejen de realizar determinadas diligencias, que se le informe sobre las actuaciones realizadas o, incluso, pedir que se le remita todo lo actuado para continuar por sí mismo con la investigación (§ 161 StPO § 152 GVG)⁹.
- b) Cuando la Policía investiga de manera independiente en los casos de peligro en la demora (§ 163, párr. 1 StPO). La norma procesal penal faculta a la Policía a realizar aquellos actos de investigación que no admitan demora o aplazamiento, es decir, a una intervención de urgencia frente a cualquier hecho de persecución penal (§ 163 StPO)¹⁰; sin embargo, una vez concluidas debe poner en conocimiento del Ministerio Público ese hecho y las diligencias que haya realizado. Será este órgano quien decida si continua por sí mismo la investigación o si le transfiere la investigación a la Policía, para que esta desarrolle la investigación por sí misma o si solo le encarga la realización de determinados actos de investigación. En uno u otro caso, el Ministerio Público conserva sus facultades de conducción de la investigación y puede ordenar en cualquier momento que se le informe sobre el estado de la investigación, que se tomen determinadas medidas, intervenir en las actuaciones o, incluso, pedir que se le remita toda el acta policial para continuar por sí mismo con la investigación hasta su conclusión¹¹.

A pesar de lo expuesto, se observa que, en la práctica procesal, el Ministerio Público autoriza – tácitamente – a la Policía realizar una investigación antes de entregarle el caso, lo que se justificaría no solo debido a que la Policía está mejor equipada y dispone de los medios y métodos de investigación criminal¹²; sino también, debido a que el Ministerio Público no podría manejar toda la carga de casos que entran al sistema de persecución penal. Se afirma que de no procederse así

⁸ Véase KÖLBEL, Ralf/IBOLD, Victoria, op. cit., p. 346.

⁹ Véase KÖLBEL, Ralf/IBOLD, Victoria, Kommentar § 163, in: SCHNEIDER, Harmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2, 2te. Auflage, C.H. Beck, 2024, p. 361.

¹⁰ Véase AHLERS, Henrik, op. cit., pág. 39., ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, Strafverfahrensrecht, 30. Auflage, C. H. Beck, München, 2022, p. 67.

¹¹ Véase AHLERS, Henrik, op. cit., p. 39.

¹² Véase AHLERS, Henrik, op. cit., p. 39; DÖLLING, Dieter, op. cit., p. 298.

provocaría graves retrasos en el manejo de la carga procesal e impediría garantizar una efectiva persecución penal¹³.

En **España**, el profesor BUJOSA VADELL afirma que es muy común que las investigaciones se inicien a través de la Policía, lo que significa que “llevará a cabo las primeras diligencias para proteger a las víctimas, para detener a la persona sospechosa –si es eso posible– y recoger los elementos del delito (armas, sustancias, etc.). Si, efectivamente, de la información obtenida se deduce la comisión de una infracción criminal, la policía está obligada a documentar los datos e informaciones recogidas en lo que conocemos como atestado policial, que será remitido al Juez competente para dirigir la investigación que corresponda”, por este motivo, afirma este autor, “la policía debe conocer el Derecho Penal”¹⁴.

Por otra parte, conviene mencionar dos anteproyectos de reforma de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵. Así, en primer lugar, en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de España de 2015 se estableció “la dependencia de la policía judicial respecto de la fiscalía”, que fue considerada por Eduardo Esteban, fiscal jefe de Madrid, como una medida positiva¹⁶, donde se ha llegado a plantear inclusive que la Policía judicial no dependa del Ministerio del Interior, sino, antes bien, de la Fiscalía. En segundo lugar, el Anteproyecto la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 propone que el Ministerio Público deba estar dotado, si es preciso, de unidades policiales adscritas, que deben estar bajo la dependencia funcional de la Fiscalía, aunque reconoce también que la dependencia orgánica es utópica¹⁷.

A nivel latinoamericano se presentan también situaciones similares. En **Colombia**, por ejemplo, “El fiscal es el director de la investigación, la cual descansa en los hombros de la Policía Judicial. Esta debe regirse por el deber de aseguramiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sean recolectados en el desarrollo de su investigación”¹⁸. “se debe reconocer que el instructor es el músculo más fuerte que posee el Estado para desarrollar el ius puniendi, contando con colaboradores que le servirán para desvirtuar la presunción de inocencia de los ciudadanos acusados (cuerpo de policía judicial, Instituto Nacional de Medicina Legal, etc.)”¹⁹. “Así las cosas, corresponde al Ministerio Público velar por los derechos humanos y por los derechos fundamentales como representante de los intereses de la sociedad. Tal labor implica verificar el cumplimiento de las garantías judiciales en las actuaciones adelantadas por los miembros de la policía judicial, producto

¹³ Véase DÖLLING, Dieter, op. cit., p. 299. Mantiene una posición crítica respecto a esta práctica, ROXIN/SCHÜNEMANN, op. cit., p. 68 y 69.

¹⁴ BUJOSA VADELL, Lorenzo, “Oficialidad o discrecionalidad en el inicio de la investigación penal”, MORENO CATENA (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 17-18.

¹⁵ Al respecto, véase VALENZUELA YLIZARBE, Fredy, “Comentarios al Decreto Legislativo n.º 1605, especial referencia a las “nuevas” facultades otorgadas a la Policía, ¿contrarreforma?”, *Revista Actualidad Penal*, 2024/115, p. 70.

¹⁶ GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Rosa, “La investigación penal. El Ministerio Fiscal y el juez de garantías”, en MORENO CATENA (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 10.

¹⁷ Exposición de motivos, pp. 22-23.

¹⁸ BERNAL-CASTRO, C. A./MOYA-VARGAS, M. F., “El ejercicio de los roles en el proceso penal. El desarrollo de los derechos de los sujetos procesales y la materialización de la publicidad interna del proceso”. En BERNAL-CASTRO/MOYA-VARGAS, *Libertad de expresión y proceso penal*, Colombia (Universidad Católica de Colombia), 2015, p. 122.

¹⁹ BERNAL-CASTRO, C. A./MOYA-VARGAS, M. F., op. cit., p. 123.

de una facultad autónoma o por orden de un fiscal o un juez de control de garantías, con la potestad, según sea el caso, de solicitar la terminación de una medida, la restricción o la exclusión de la evidencia obtenida con la transgresión del ordenamiento jurídico”²⁰.

En **Chile** también se encuentra establecido en el art. 77 Código Procesal Penal que los fiscales “dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad...”. Seguidamente, en el art. 79 CPP se prescribe que la Policía será auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y en el art. 80 CPP se reitera que la dirección de la investigación recae en el Ministerio Público. No obstante, al igual que en otros ordenamientos jurídicos, en los casos que ameriten inmediata intervención, se prescribe que la Policía, sin orden previa del fiscal, entre otros actos de investigación, debe resguardar el sitio del suceso, identificar a los testigos y consignar las declaraciones que estos prestasen de forma voluntaria (art. 83 CPP).

Finalmente, corresponde precisar que, en el **Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica**, de conformidad con su art. 68, el fiscal es quien dirige la investigación y, en esta labor, también interviene la policía judicial. De forma más precisa, la parte final del art. 73 prescribe “Los funcionarios policiales serán auxiliares del ministerio público para llevar a cabo el procedimiento preparatorio”. “Lo anterior (...) no niega las amplias y diversas funciones que se le reconoce a la Policía en el art. 7, entre ellas, por ejemplo, allanar domicilios y llevar a cabo las inspecciones de personas y lugares y los secuestros urgentes, en los casos previstos por los arts. 150, 153, 157 y 162; clausurar locales en los casos previstos por el art. 168; incluso a la Policía se le otorga la facultad de solicitar la prisión preventiva directamente ante el juez, con noticia al Ministerio Público, en casos de extremada urgencia (arts. 47, 200 y 248)”²¹.

En suma, en el derecho comparado, queda claro que existe una “dependencia funcional” de la Policía respecto del Ministerio Público, lo que supone de ninguna manera concebir la idea de una relación de subordinación orgánica y/o estructural. Muy por el contrario, las labores de investigación deben realizarse de forma coordinada, por lo que “no debería generar conflictos si se entendiese y respetase los roles de cada uno; por ejemplo, es rol exclusivo excluyente del fiscal decidir en qué momento se formaliza la investigación o se archiva, así como es rol del policía lo de asegurar la escena del crimen”²².

En tal medida, la labor “funcional” entre ambas instituciones se garantiza superando las críticas que habitualmente se formulan. Así, por ejemplo, **i)** la existencia de corrupción institucionalizada no debe ser utilizada –absurdamente– como argumento para justificar la imposibilidad de asumir la dirección de investigación respecto de alguna institución, sino, más bien, la persecución y sanción del delito debe procurarse donde corresponda (independientemente de la institución donde presuntamente se haya cometido); **ii)** la capacitación tanto jurídica como operativa de los actos especiales de investigación debe promoverse para los integrantes de ambas instituciones con la finalidad de que se pueda garantizar la mejor comunicación y gestión de recursos al momento del diseño de la estrategia de investigación del hecho delictivo; entre otros.

²⁰ BERNAL-CASTRO, C. A./MOYA-VARGAS, M. F., op. cit., p. 133.

²¹ VALENZUELA YLIZARBE, Fredy, op. cit., p. 78.

²² VALENZUELA YLIZARBE, Fredy, op. cit., p. 78.



ESTUDIO ORÉ GUARDIA

A B O G A D O S

SOMOS LÍDERES EN EL PATROCINIO Y ASESORÍA CORPORATIVA. ASUMIMOS LA DEFENSA PENAL CON EFICIENCIA, RESPONSABILIDAD Y DEDICACIÓN

CONTÁCTANOS

 (511) 225 1390

 estudio@oreguardia.com.pe

 www.oreguardia.com

 Estudio Oré Guardia Abogados