



DOCTRINA PRÁCTICA

Deconstruyendo* el marco orientador de la función fiscal en materia penal

María Elena Guerra Cerrón**
Pontificia Universidad Católica del Perú

“El Ministerio Público representante del interés social dentro del ámbito de justicia, es el llamado, concretamente, a velar por la preservación de esos valores y, desde luego, procurar el mejoramiento del instrumento legislativo que lo rige, supuesto que el derecho, como la vida misma, no tiene significación ni trascendencia sino por su actualización y su expresión dinámica”***.

SUMARIO

1. Introducción
2. Diagnóstico situacional
3. Precisión del problema a desarrollar
4. Evolución del Ministerio Público como titular de la acción penal
5. Desarrollo conceptual
 - 5.1. Acción, acción penal y derecho al proceso
 - 5.2. Ministerio Público titular de la acción penal
 - 5.3. De los principios en la actuación fiscal penal
6. Interacción de fuerzas de acción penal
 - 6.1. Primera fuerza de acción: unidad, independencia y discrecionalidad
 - 6.2. Segunda fuerza de acción: obligatoriedad, jerarquía e irretractabilidad
7. Solución de preguntas-problema

* Según el diccionario, *deconstruir* es deshacer analíticamente los elementos que constituyen una estructura conceptual. Lo que se persigue no es destruir algunos conceptos y principios sino estudiarlos para desarrollar su verdadero sentido, en este caso, el sentido que corresponde a la actuación fiscal.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Mg. en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, con estudios de Maestría en Derecho-Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Dra. en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesora en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.

*** BRAMONT ARIAS, Luis, *El Ministerio Público*, SP Editores, Perú, 1984, p. 88.

- 7.1. ¿Si un fiscal penal decide no formalizar denuncia, el fiscal superior revisor en segunda instancia puede ordenar que se formalice la denuncia?
- 7.2. ¿Si un fiscal penal formaliza denuncia penal, luego puede retractarse?
- 7.3. ¿Si un fiscal penal x denunció, terminado el proceso se impugnó y la Corte Suprema declaró la nulidad, el fiscal penal y tiene la obligación de formalizar denuncia, o puede dejar de hacerlo?
8. Conclusiones
9. Referencias bibliográficas

1. Introducción

Cuando trabajamos un artículo académico, por lo general, pretendemos dar una definición del derecho y tomamos como punto de partida el enfoque normativo, pero finalmente nos damos cuenta de que este resulta insuficiente y concluimos señalando que como el derecho es una creación y formulación del ser humano, y las relaciones de este en la sociedad son cambiantes, entonces no hay un concepto acabado; sino, por el contrario es un concepto en constante proceso de adaptación para responder a las necesidades reales del sujeto en una sociedad organizada. Por extensión, esta misma situación se presenta con las “ramas jurídicas” del derecho, como el derecho civil, derecho comercial y derecho penal, entre otros, y los correspondientes derecho procesal civil y derecho procesal penal, estos últimos de indiscutible importancia para la realización de las normas sustantivas o materiales.



RESUMEN

La autora sostiene que la interacción de fuerzas en la acción penal se logra identificar a partir del análisis de algunos principios como el de legalidad, debido proceso, unidad y autonomía, jerarquía, independencia, imparcialidad y objetividad, discrecionalidad, interdicción de la arbitrariedad, entre otros. A su criterio, la primera fuerza de acción es entre la unidad, independencia y discrecionalidad; y la segunda, entre la obligatoriedad, jerarquía e irretrectabilidad. Sobre el particular, se plantea una serie de interrogantes a fin de resolver la interacción de fuerzas, lo que la va a llevar a la deconstrucción del marco que, en su concepto, debe orientar la actuación fiscal en materia penal.



PALABRAS CLAVE

Investigación penal / Principios / Actuación fiscal / Independencia funcional / Discrecionalidad / Irretrectabilidad / Jerarquía

Recibido: 25-01-2016

Aprobado: 10-12-2016

Publicado online: 02-03-2016

Precisamente gran parte de mi vida profesional y académica, en el Poder Judicial, ha sido ejercitada en la interpretación y aplicación a manera de especialidad, con el derecho civil, el derecho comercial y derecho procesal civil, los que tienen un fundamento privatista, personalista, individualista y patrimonial, a diferencia del derecho penal y procesal penal que tienen un sustento principalmente público y de actuación obligatoria.

Desde mi incorporación al Ministerio Público, en el 2003 y hacia el 2005, tuve que asumir competencia en materia penal, lo cual fue un gran desafío por tratarse de una rama jurídica con un objeto de estudio y regulación tan sensible como la libertad, tanto de un sujeto agredido como un sujeto agresor, donde se exige extrema objetividad y responsabilidad en las decisiones, aun contra cualquier proyección de grupos de opinión que muchas veces, por los mecanismos que tienen a su alcance para formar opinión pública, pueden llegar a establecer, de manera muy anticipada, estímulos contra determinadas personas “condenándolas”, o contra los propios juzgadores, poniendo en tela de juicio sus decisiones.

Así, más allá de la especialidad¹, que puede caracterizar a un profesional en derecho, la formación integral que se recibe para alcanzar el título de abogado, la práctica efectiva y el ejercicio de la docencia exigen una visión holística de la materia, una lectura sistemática de las normas, para una apropiada interpretación (más que correcta) y aplicación de la norma (texto escrito interpretado). Esta es la orientación para la aplicación del derecho, de forma integral y sistemática.

En la actuación fiscal penal no solo existen disposiciones y textos legales, existe también un marco principista general y especial que orienta la inter-

pretación normativa y el ejercicio de la conocida acción penal tal como el principio de legalidad, principio de unidad y principio de irretractabilidad, que son precisamente los que desarrollaremos en este trabajo, pero siempre en la línea del enfoque holístico del derecho.

¿SABÍA USTED QUE?

En las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, de 1912 y 1963, el Ministerio Público fue regulado como institución autónoma, pero formando parte del Poder Judicial, con el nombre de Ministerio Público o Ministerio Fiscal.

2. Diagnóstico situacional

La tarea del Ministerio Público es muy amplia, sino basta leer sus funciones y competencia en la Constitución Política del Perú y en la Ley Orgánica del Ministerio Público. Como institución autónoma se constituye en un representante o protector de los derechos de los ciudadanos, es titular de la acción penal, debe buscar la convivencia social a partir de la integración familiar que es el núcleo de la sociedad sin descuidar la tutela de la integridad física de los miembros que la componen, debe tender hacia el desarrollo de la comunidad en un clima de paz pública y buscar la coordinación interinstitucional, debe salvaguardar los derechos de los menores y adolescentes, desvalidos y personas en estado de abandono e incapaces, para que puedan realizarse los ideales de acceso a los me-

1 Se dice de la especialidad que se trata de una rama de una ciencia, arte o técnica que se ocupa de una de sus partes, o actividad en la cual alguien o algo se destaca o producto cuya elaboración destaca una persona o empresa.

dios que les aseguren una vida digna. El mayor porcentaje de participación y actuación del Ministerio Público se encuentra en el área penal.

De la experiencia laboral en el Ministerio Público desde el año 2003 y en la primera oportunidad que tuve contacto con la competencia penal, pude advertir que si bien la independencia e imparcialidad son las bases de la seguridad jurídica en la actuación de cualquier magistrado, es en materia penal donde tal vez hay una mayor incidencia de amenazas y debilidades, y una gran necesidad de fortalezas para imponer el respeto a las decisiones, claro está decisiones lógicas, razonables y proporcionales carentes de subjetividad.

Por la situación descrita e inquietud académica, en el año 2008, escribí un artículo titulado “La discrecionalidad y retractabilidad, como prerrogativa del fiscal en el nuevo modelo procesal penal”², que trajo tantas innovaciones y una exigencia de cambio de cultura de trabajo, documento que es la fuente para el desarrollo del actual artículo, ya que, hoy con mayor experiencia, podemos reafirmar la postura asumida y actualizar el contenido.

La motivación por retomar este tema se acrecentó por las declaraciones del fiscal de la Nación, Pablo Sánchez Velarde,

quien en una entrevista ha señalado que “[...] he pedido a los fiscales que trabajen con total independencia. Si hay pruebas tienen que acusar y, si luego de una exhaustiva investigación, no se encuentra nada, se tiene que archivar el caso. Es lo que corresponde”³. Aquí es donde precisamente se presentan las dos fuerzas a las que antes nos hemos referido.

En resumen, en el ejercicio de la acción penal, se presentan, en mi concepto, dos fuerzas de acción que se imponen al fiscal: por un lado, la fuerza de acción que comprende a los principios de unidad, independencia y discrecionalidad y la segunda fuerza de acción, con los principios de obligatoriedad, jerarquía e irretractabilidad.

La interacción de ambas fuerzas, de común, debe ser natural y llevar a un resultado que refleje el criterio del fiscal a cargo de la investigación penal; sin embargo pueden darse situaciones en las que el fiscal se vea en medio de la interacción de las fuerzas de acción (como se ilustra en la imagen), y que, por lo tanto, en ejercicio de sus atribuciones funcionales como la independencia y discrecionalidad, deba optar, por una solución distinta, entonces surgen interrogantes como ¿cuál es el marco que debe orientar la actuación fiscal en materia penal, de tal modo que se garantice el principio

2 GUERRA CERRÓN, J. María Elena, “La discrecionalidad y retractabilidad, como prerrogativa del fiscal en el nuevo modelo procesal penal” en *Actualidad Jurídica*, 176, Gaceta Jurídica, julio 2008, Lima, pp. 171-176.

3 *La República*, “Fiscal Pablo Sánchez: Se puede acusar solamente cuando hay pruebas”, 21 de febrero del 2015. Versión en línea: <<http://bit.ly/1PUiXvk>>.

de independencia y la discrecionalidad sujeta a la Constitución Política y a la ley?

3. Precisión del problema a desarrollar

En el marco del diagnóstico situacional, hacemos la siguiente precisión del objeto a desarrollar en este artículo y formulamos las siguientes preguntas-problema:

- ¿Si un fiscal penal decide no formalizar denuncia, el fiscal superior revisor en segunda instancia puede ordenar que se formalice la denuncia?
- ¿Si un fiscal penal formaliza denuncia penal, luego puede retractarse?
- ¿Si un fiscal penal x denunció, terminado el proceso se impugnó y la Corte Suprema declaró la nulidad, el fiscal penal y tiene la obligación de formalizar denuncia, o puede dejar de hacerlo?

4. Evolución del Ministerio Público como titular de la acción penal

La presencia del agente fiscal o simplemente fiscal es de antigua data, pero destacamos su competencia en el ámbito penal a partir de los lineamientos jurídico-políticos de la Constitución de 1860, ya que en ese marco constitucional, en 1863, se promulgaron y entraron en vigencia los Códigos Penal y el de Enjuiciamiento en Materia Penal. En el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal, se regula jurídicamente acerca del Ministerio Público en la parte relativa “De las acusaciones y denuncias”

—los acusadores—. La función del Ministerio Público es accesoria, como un denunciante pero en limitados casos, es solo un mero colaborador de la investigación judicial y acusador en los delitos públicos, y la actuación que predomina es la del juez. Es la gesta del reconocimiento de los fiscales como titulares de la acción penal, aunque como ha sido señalado, con limitaciones.

El 2 de enero de 1930 también se promulgó el nuevo Código de Procedimientos en Materia Criminal. La acción penal es pública, se ejerce de oficio por el fiscal, excepto en delitos privados y cuando proceda acción popular. Rige el principio de legalidad (mejor dicho, de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal). Se incorpora la acción civil por los daños causados por el crimen, delito o contravención, la cual se ejerce por los que han sufrido acumulativamente el daño con la acción penal. La organización, constitución, competencia y prohibiciones del Ministerio Fiscal se encomendaban al Ministerio de Justicia, así como el ejercicio del control de sus integrantes.

El proceso penal fue dividido en dos etapas, a saber: instrucción y juzgamiento, la primera a cargo del juez instructor y la segunda a cargo del Tribunal Correccional por el Jurado (sistema mixto).

La instrucción podía iniciarse de oficio por parte del juez instructor, por denuncia del Ministerio Fiscal o del agraviado, es decir, el Ministerio Fiscal no tenía el monopolio en el ejercicio de

la acción penal, teniendo participación en el desarrollo del procedimiento como parte y después dictaminando en el juicio oral y acusando.

En ese contexto jurídico político, en 1940 entró en vigencia el Código de Procedimientos Penales, que en gran parte se encuentra vigente a la fecha. Se establecieron, como etapas del proceso penal, la instrucción y el juzgamiento; los fiscales en todos sus niveles formaban parte del Poder Judicial. En las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, de 1912 y 1963, el Ministerio Público fue regulado como institución autónoma, pero formando parte del Poder Judicial, con el nombre de Ministerio Público o Ministerio Fiscal.

El 28 de julio de 1979 terminó una larga etapa del desarrollo del Ministerio Público, ligada al Poder Judicial.

Al llegar a la mitad del año de 1979, la historia del Ministerio Público cambia radicalmente. La Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente de 1978, le da una regulación en la Ley Suprema, atribuyéndole personería propia, con independencia, autonomía, organización, composición, funciones, atribuciones, prohibiciones; conforme a sus artículos 250 y 251 del Capítulo XI.

Después la institución fue desarrollada en su Ley Orgánica, mediante el Decreto Legislativo N.º 052 del 19 de marzo de 1981, vigente, que funciona conforme a ella hasta la fecha, con las modificaciones propias de la Constitución Política de 1993 y suspensiones por

las disposiciones legales que dispusieron su reorganización, desde el 18 de junio de 1996 hasta el 6 de noviembre del 2000, día en que se promulgó la Ley N.º 27367, que desactivó la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público.

La Constitución Política del Perú, vigente desde el 31 de diciembre de 1993, regula al Ministerio Público en sus artículos 158, 159 y 160; como el titular en el ejercicio público de la acción penal, habiéndose derogado los artículos pertinentes del Código de Procedimientos Penales de 1940.

5. Desarrollo conceptual

5.1. Acción, acción penal y derecho al proceso

Desde la justicia por mano propia, la convivencia en sociedad ha evolucionado, para bien, contando con una organización a la que todos los sujetos se someten: el sistema u ordenamiento jurídico. Así, la “acción”, como facultad, derecho o poder, es el medio que tienen las personas para hacer que se respete el ordenamiento jurídico. En materia procesal, acción “[...] representa el derecho a la investigación y pronunciamiento sobre las alteraciones que hubiesen ocurrido en el orden jurídico, a fin de establecer si corresponde el restablecimiento que se pretenda: para indicar el derecho al proceso”⁴.

⁴ ODERIGO, Mario, *Lecciones de derecho procesal. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, t. I, 1967, p. 325.

¿SABÍA USTED QUE?

En el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público se regula la llamada “queja de derecho”, frente al supuesto que se archive la denuncia, el denunciante podrá impugnar ante el fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la resolución denegatoria.

Mientras que en el Código Procesal Civil, en el artículo 2, se señala que “por el *derecho de acción* todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica. Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción”. En el Código de Procedimientos Penales, en el artículo 2, se establece que “la *acción penal* es pública o privada. La primera se ejerce por el Ministerio Público de oficio o a instancia de la parte agraviada, o por acción popular en los casos autorizados por la ley. La segunda directamente por el ofendido, conforme al procedimiento especial por querella [...]”. En el artículo 1 del nuevo Código Procesal Penal se describe que la acción penal es pública:

“1. Su ejercicio en los delitos de *persecución pública*, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a ins-

tancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular.

2. En los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querella.
3. En los delitos que requieren la previa instancia del directamente ofendido por el delito, el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público está condicionado a la denuncia de la persona autorizada para hacerlo. No obstante ello, el Ministerio Público puede solicitar al titular de la instancia la autorización correspondiente.
4. Cuando corresponde la previa autorización del Congreso o de otro órgano público para el ejercicio de la acción penal, se observará el procedimiento previsto por la Ley para dejar expedita la promoción de la acción penal”.

En el ámbito procesal general, “acción” es un derecho abstracto con estatus de derecho humano y fundamental, por el cual toda persona física o jurídica, aun sin razón o con una hipótesis equivocada respecto a que le asiste el derecho invocado, puede acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela, la misma que será efectiva en la medida que haya un debido proceso, lo que conocemos como tutela jurisdiccional efectiva. El maestro Juan Monroy ilustra, al respecto, señalando que “[...] al Estado le está vedada la posibilidad de negar a un ciudadano tutela jurisdiccional. Al margen del cumplimiento de los requisitos básicos, comunes a todo sujeto de derecho, todos estamos facultados a exigirle al Estado

nos conceda tutela jurisdiccional [...]”⁵. Esta concepción no alcanza en su totalidad a la acción penal, ya que solo pueden ajustarse sus efectos al ejercicio de la acción penal privada (querella).

La *acción penal* del Ministerio Público, no es ese derecho abstracto al que nos hemos referido. No produce tutela jurisdiccional efectiva respecto a él, puesto que la actuación es del propio Estado, a través del organismo constitucionalmente autónomo, que ejerce un deber, una obligación. Entonces la acción penal pertenece a la categoría del “derecho-deber”, como bien señala César San Martín: “[...] se erige en un deber cuando esta es legalmente procedente: tipicidad de hecho y causa probable [...]”⁶.

Entonces el Ministerio Público no tiene como un sujeto particular un derecho al proceso, tiene el deber de investigar y acusar en materia penal, cuando tenga elementos suficientes que permitan relativizar el principio de presunción de inocencia.

Oderigo ilustra a este respecto, señalando que “la acción es un derecho, o una facultad o una potestad, que se tiene frente al Estado para obtener actividad jurisdiccional, con todo lo que ella implica; es el derecho al proceso, derecho

público autónomo, que existe independientemente del derecho material, público privado, invocado por el autor; independientemente de su derecho a obtener una sentencia favorable [...]”⁷. Mas, apenas pensemos en un proceso penal formado a requerimiento del ministerio fiscal, tendremos que silenciar la palabra derecho, tendremos que olvidarnos por un rato bastante largo del derecho al proceso, porque el Estado no tiene derechos frente al Estado, y porque para el representante de este ministerio la acción es una obligación, no un derecho; y entonces aparecerá limpiamente la naturaleza jurídica de la acción, que es una función pública”⁷.

5.2. Ministerio Público titular de la acción penal

La taxativa atribución de “titular de la acción penal” no la encontramos ni en la Constitución Política ni en la Ley Orgánica del Ministerio Público. La Carta fundamental señala, en el artículo 159, numeral 5), lo siguiente: “Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”. En el artículo 1 de la Ley Orgánica, entre otros, se dispone que es función del Ministerio Público la persecución del delito y la reparación civil y en el Código de Procedimientos Penales, en el artículo 2, se establece que la acción penal es pública o privada, donde la primera se ejercita por el Ministerio

5 MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, Temis, Bogotá, Colombia, t. I, 1996, p. 228.

6 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., vol. I, Grijley, Lima, octubre, 2003, p. 315.

7 ODERIGO, Mario, *Lecciones de derecho procesal. Parte general*, cit., p. 336.

Público de oficio o a instancia de la parte agraviada.

Es en el nuevo Código Procesal Penal en el artículo IV del Título Preliminar donde se desarrolla el “Titular de la acción penal”, estableciéndose lo siguiente:

“1. El Ministerio Público *es titular del ejercicio público de la acción penal* en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad [...]”.

La titularidad de la acción penal pública, que es un principio, tiene una doble finalidad: por un lado, prohibir las inactividades arbitrarias de los mismos representantes del Ministerio Público; y por otro, y quizás la más relevante, ofrecer una suerte de ‘escudo’ contra eventuales presiones (internas: verticales u horizontales o externas), dirigidas a sugerir o imponer no actuar incluso en casos que de otro modo podrían sonar como fruto de la voluntad perseguidora del fiscal”⁸.

“5. La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159 de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, de modo tal que la ausencia de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria”⁹.

Se trata de una pretensión punitiva que se declare el Derecho del Estado a que someta a un sujeto al cumplimiento de una pena.

5.3. De los principios en la actuación fiscal penal

Los principios son anteriores a los textos legales. Estos son las directrices que sirven para la interpretación de los textos y para la aplicación de las normas. De común, el principio es el antecedente, la base o fundamento del cual derivan todas las cosas para materializarse o ser reales, donde “[...] el principio no es el nombre de ninguna realidad, sino que describe el carácter de una cierta proposición: la proposición que ‘da razón de’”¹⁰. Esa descripción, en derecho, es el resultado de la interpretación de la disposición legal. Los principios son los que permiten el estudio científico del derecho; son como el método, la “brújula” que lleva al entendimiento de una materia.

El hecho de que en un texto escrito en el que se regula al Ministerio Público, se haga alusión a la “legalidad”, “jerarquía”, “independencia”, “autonomía” y otros, no significa que necesariamente se esté desarrollando el principio, por lo que resulta necesaria una lectura especial del contenido normativo y su concordancia con el principio correspondiente, para tener finalmente la

8 CHIARAVIO, Mario, “El Ministerio Público en Italia como responsable de la investigación preliminar” traducida por Pablo Morenilla Allard, en GIMENO SENDRA, Vicente, *El ministerio fiscal-diretor de la instrucción*, Ministerio de Justicia, IUSTEL, Madrid, 2006, pp. 97-128, 108.

9 STC, Exp. N.º 4620-2009-PHC/TC, caso *Iparragirre Trujillo*, f. j. n.º 5.

10 FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, 5.ª ed., vol. 3, Alianza, Madrid, 1984, p. 2690 (la cursiva es nuestro).

interpretación apropiada. También hay que tener en cuenta que los principios se interpretan de forma sistemática integral y no de modo aislado.

IMPORTANTE

[E]n el ejercicio de la acción penal, se presentan, en mi concepto, dos fuerzas de acción que se imponen al fiscal: por un lado, la fuerza de acción que comprende a los principios de unidad, independencia y discrecionalidad y la segunda fuerza de acción con los principios de obligatoriedad, jerarquía e irretracitabilidad.

Los principios del derecho son principios del conocimiento y, como señala Ferrater Mora, estos pueden ser de dos clases: los principios comunes a todo saber y los principios propios de cada saber¹¹, y aun delimitando el estudio jurídico al derecho procesal penal, debemos hacer una mayor ampliación para llegar a los principios que especialmente orientan de manera la actuación fiscal en materia penal.

a. Principios de legalidad y constitucionalidad

La legalidad es el principio clásico que ha sostenido el Estado de derecho y, por ello, la principal función y atribución del Ministerio Público, según los textos escritos, es defender la legalidad, especialmente en el ámbito penal.

11 Ibídem, p. 2691.

La legalidad *lex certa* (principio de taxatividad), hace posible la limitación del poder punitivo del Estado contra la inseguridad jurídica y la arbitrariedad, pero “su contenido no se agota en una simple función de garantía de la seguridad jurídica, representada por la exigencia de predeterminación normativa de la esfera de lo punible, sino que incluye una función de garantía de la libertad de los ciudadanos al condicionar taxativamente el catálogo de delitos penas a la decisión de una instancia democráticamente constituida —el poder legislativo—, que, como representante de la soberanía judicial, actúe como freno ante los posibles abusos de los poderes ejecutivo y judicial”¹². Respecto a este principio, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “31. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley”¹³, donde cobra especial relevancia la Carta Fundamental.

12 HUERTA TOCILDO, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, en *El principio de legalidad*, Actas de la V Jornada de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, 2000, 15.

13 STC Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC Lima, caso *Cantuarias Salaverry*, f. j. n.º 31.

Sucede que “el tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para *consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto [...]*”¹⁴. Hemos pasado a referirnos no solo a un Estado de derecho, sino a un Estado constitucional de derecho.

En un Estado constitucional de derecho¹⁵ (y social) es inadmisible invocar la simple “legalidad”. Si bien en “[...] la aplicación del derecho ha de preferirse la legalidad. Sin embargo, dicha preferencia no puede traducirse en el

sacrificio del resto del ordenamiento constitucional. No se trata, pues, de la aplicación ciega de la ley, sino de la interpretación del alcance de las normas legales en perspectiva constitucional. Así, ha de reconocerse una pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular, y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”¹⁶.

b. Principio del debido proceso

Aunque este principio está implícito en el de legalidad y constitucionalidad, no puede prescindirse de hacer una mención especial, por la gran connotación que tiene en el ámbito procesal. El debido proceso, entendido como un principio, es una garantía que contiene diferentes derechos que deben ser respetados en todo proceso o procedimiento, donde el Ministerio Público no está excluido. Resulta que “el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público (Exp. N.º 1268-2001 HC/TC). Por tanto, las garantías previstas en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean

14 STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, Lima, caso *Salazar Yarlenque*, f. j. n.º 3.

15 “La fórmula Estado social de derecho [...] es la síntesis de tendencias históricas que reflejan la superación del esquema liberal tradicional, recogido en la expresión “Estado de derecho”. De la simple existencia de un control legal a la administración, y de la supremacía, suficiencia y autonomía del mercado como regulador de la sociedad civil, se ha pasado a un esquema en el cual toda actuación estatal debe estar en consonancia con la Constitución, y a la existencia de mecanismos que lo aseguran” [BERNAL CUELLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNELL, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, 5.ª ed., Universidad externado de Colombia, Colombia, agosto 2004, t. I, p. 25].

16 Fragmento de la Sentencia T-406 de 1992, MP; BERNAL CUELLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNELL, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, cit., p. 26.

compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”¹⁷.

La mega garantía es el “debido proceso” que en doctrina está en el ámbito jurisdiccional (Poder Judicial), y en la etapa prejudicial lo reconocemos como “debido procedimiento”. Así, el Tribunal Constitucional, vía procesos constitucionales, puede ejercer un control de la actuación fiscal, de manera que “[...] la posibilidad de que el Tribunal Constitucional realice el control constitucional de los actos del Ministerio Público tiene, de otro lado, su sustento en el derecho fundamental al debido proceso. Por ello, el derecho al debido proceso despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejudicinal de los procesos penales; es decir, en aquella fase del proceso penal en la cual al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato previsto en el artículo 159 de la Constitución. Claro está, las garantías previstas en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, que no son sino la concretización de los principios y derechos previstos en el artículo 139 de la Constitución, serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben

ser interpretados de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”¹⁸.

IMPORTANTE

En el ámbito procesal general, “acción” es un derecho abstracto con estatus de derecho humano y fundamental, por el cual toda persona física o jurídica, aun sin razón o con una hipótesis equivocada respecto a que le asiste el derecho invocado, puede acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela, la misma que será efectiva en la medida que haya un debido proceso, lo que conocemos como tutela jurisdiccional efectiva.

c. Principio de obligatoriedad

La obligatoriedad de la acción penal está relacionada con el principio de titularidad de la acción penal. Si como resultado de las investigaciones existen suficientes motivos o indicios razonables para el ejercicio de la acción pública y requerimiento del *ius punendi* del Estado, el Ministerio Público *deberá acusar*, ergo si no los hay, deberá abstenerse de hacerlo. He aquí la gran premisa y que es el punto de partida para la reflexión: ¿cuáles son los alcances de la obligatoriedad? y ¿cuál es el grado de certeza que se requiere

17 STC, Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC Lima, caso *Cantuarias Salaverry*, f. j. n.º 32.

18 STC, Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC Loreto, caso *Chávez Sibina*, f. j. n.º 7.

para que un fiscal acuse, sin que ello implique vulneración de algún derecho fundamental?

IMPORTANTE

[E]l principio de obligatoriedad se relativiza con la facultad de abstención del ejercicio de la acción penal, a través de los mecanismos de salidas alternativas que, más que prerrogativa del fiscal, es mandato imperativo previsto expresamente en la ley, y que incluso que por una falta de uso, se exhorta a los fiscales a tenerlos en cuenta y a promoverlos.

En primer término hay que hacer una distinción entre la denuncia y la acusación. Del artículo 326 al 328 del Código Procesal Penal se regula acerca de la denuncia y, a partir del artículo 329 se trata de los actos del Ministerio Público tendientes a la decisión final. No es que todas las denuncias motiven necesariamente que se promueva la investigación, ya que es una exigencia legal, que el hecho denunciado revista los caracteres de delito y que sea de persecución pública. Si se considera necesario o conveniente, por discrecionalidad fiscal, se realizarán diligencias preliminares para reafirmar la calificación del hecho punible, formalización y continuación de la investigación preparatoria o para disponer el archivo respectivo. El momento en el cual el fiscal debe decidir por la acusación o por el archivo es cuando

concluye la investigación preparatoria y se inicia la etapa intermedia del proceso.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “[...] el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación desde su inicio, para lo cual, *previo estudio de los hechos, determinará si la conducta incriminada es delictuosa; es decir, si hay razones atendibles sobre la comisión de hechos constitutivos de un delito, para luego determinar y acreditar la responsabilidad o inocencia del imputado; de ocurrir la primera, calificará su procedencia formalizando la correspondiente denuncia penal; en caso contrario, archivará la denuncia. Sin embargo, en caso de no reunir la prueba suficiente sobre la constitución del hecho delictuoso o la del presunto infractor, dispondrá la realización de una investigación preliminar para reunir la prueba que considere necesaria;* para tal efecto, practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, así como las demás diligencias pertinentes. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”¹⁹.

Es necesario tener presente que el principio de obligatoriedad se relativiza con la facultad de abstención del ejercicio de la acción penal, a través de los mecanismos de salidas alternativas que,

19 STC, Exp. N.º 3960-2005-PHC/TC Junín, caso *Colonio Arteaga*, f. j. n.º 8 (cursiva es nuestro)

más que prerrogativa del fiscal, es mandato imperativo previsto expresamente en la ley, y que incluso por una falta de uso, se exhorta a los fiscales a tenerlos en cuenta y a promoverlos. El profesor Angulo Arana señala que “efectivamente a primera vista parecería contradictorio que quien tenga como deber y emblema la persecución aparezca como un amigable componedor; pero tal labor supone una verificación más de que la tarea del fiscal no lo coloca como parte, sino que aquel realiza un ejercicio funcional que debe ser objetivo. Por tanto, evitar caer con todo el peso del derecho penal sobre un ciudadano puede razonablemente convertirse en una posibilidad que explote el fiscal”²⁰. Y agrega que “el fiscal que aplique criterios de oportunidad debe sentirse, expresándolo en sus gestos y actos, un servidor de los ciudadanos que acuden a su despacho. No puede concebirse que quien aplique la oportunidad asuma los comportamientos engreídos y distantes de las clásicas autoridades de la colonia o de principios de la república”²¹.

d. Principios de unidad y autonomía

La unidad del Ministerio Fiscal es vista como un todo indivisible como institución, como la posición que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal. En la Constitución Política, en el artículo 139, se enuncian

principios y derechos de la función jurisdiccional, estableciéndose la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional; no obstante se reconocen jurisdicciones especiales como la militar, arbitral y la comunal. Así como hay un principio de unidad jurisdiccional, existe la unidad fiscal, solo que “a diferencia de lo que sucede con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio se ha encomendado a diversos órganos [la ‘ordinaria’ al Poder Judicial, la ‘constitucional’ a este Tribunal, etc.], la Constitución no ha previsto un tratamiento semejante para el Ministerio Público. *Las atribuciones constitucionalmente conferidas a este órgano constitucional, por tanto, no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción*”²².

Por la titularidad de la acción penal reconocida al Ministerio Público, solo él y ningún ente distinto puede ejercerla por lo tanto así se manifiesta y realiza la unidad fiscal. El Ministerio Público por ser constitucionalmente autónomo, tiene su propia cultura institucional, sus reglas de organización y administración, así como directrices generales para orientar la actuación fiscal. El maestro Oré Guardia señala que “la autonomía institucional atribuida al Ministerio Público responde al nuevo modelo procesal penal asumido, esto es, al acusatorio. En este caso el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal y

20 ANGULO ARANA, Pedro Miguel, *El principio de oportunidad en el Perú*, Palestra, Lima, setiembre, 2004, pp. 68-69.

21 ANGULO ARANA, Pedro Miguel, *El principio de oportunidad en el Perú*, cit., p. 129.

22 STC, Exp. N.º 0023-2003-AI/TC Lima, f. j. n.º 74, (en cursiva es nuestro).

director de la investigación, por tanto su decisión no debe estar sujeta a la de otra institución. Con esto no se quiere decir que el Ministerio Público configure un cuarto o quinto poder del Estado, sino que no puede estar subordinado a las decisiones ya sea del Poder Ejecutivo o del Judicial”²³.

A su vez, el maestro Domingo García Rada explica que en cuanto a los caracteres generales del Ministerio Público, la doctrina señala, entre otros, a la unidad como “[...] que los representantes del Ministerio Público deben mantener un criterio uniforme en sus dictámenes, es decir, cuando uno acusa y luego es cambiado, quien le sucede debe mantener la acusación, aunque personalmente discrepare de ella. El cambio de persona no altera la opinión oficialmente expresada en un dictamen [...]”²⁴, pues bien este no es el principio de unidad al que nos referimos, sino que se trata, como ha sido señalado, de un carácter general que puede presentarse cuando se acusa y se produce un cambio de fiscal; sin embargo, discrepamos de tal enunciado, ya que de modo alguno la unidad puede tener por objeto someter a un fiscal, ya que es bien sabido que a lo único que está sometido es a la ley, a la Constitución Política y a su conciencia.

En cuanto a la autonomía, como principio o como también se señala como garantía “[...] tiene por finalidad asegurar y proteger la libertad de actuación de este órgano constitucional, de modo tal que pueda cumplir eficazmente con las funciones que le ha encomendado la norma fundamental, *evitando la dependencia y subordinación respecto de otros órganos, poderes o personas, sean estas públicas o privadas*. Para garantizar esta libertad de actuación es preciso, entre otras cosas, que el Ministerio Público, en tanto que órgano constitucional autónomo, pueda contar con un estatuto jurídico básico *que regule los derechos, obligaciones, incompatibilidades y beneficios de los fiscales, entre otros, de manera que se pueda preservar la imparcialidad en el desempeño de la función fiscal, así como el tratamiento igualitario a los fiscales que se encuentren en el mismo nivel y jerarquía*.

[...] En efecto, el estatuto jurídico básico del Ministerio Público es precisamente su Ley Orgánica (D. Leg. N.º 052)²⁵, estatuto jurídico que no solo viene exigido por la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público (art. 158 de la Const.), sino también, porque así lo dispone el artículo 106 de la norma fundamental al establecer que “Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución” [énfasis agregado]²⁶.

23 ORÉ GUARDIA, Arsenio, “El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”, en GIMENO SENDRA, Vicente, *El ministerio fiscal-director de la instrucción*, cit., p. 156-178, 167.

24 GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de derecho procesal penal*, 6.^a ed., Lima, 1980, p. 79.

25 El resaltado es nuestro.

26 STC, Exp. N.º 0004-2006-PI/TC Lima, ff. jj. n.os 101 y 102, (en cursiva es nuestro).

En el estatuto jurídico y normas internas institucionales están previstos los criterios de actuación fiscal, los mismos que son generales, por lo tanto, aquella corriente que entiende el principio de unidad como medio de sumisión de un fiscal de instancia inferior a actuar de acuerdo a lo que ordene el superior, no es correcto. Reiteramos que existen pautas generales para la actuación coherente.

e. Principio de jerarquía

En el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, se establece que “los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores”. De lo que se trata es que entre los fiscales “[...] debe mantenerse disciplina y dependencia, de manera que lo que dispone u ordena el superior debe ser acatado por el inferior. Es la vinculación derivada de formar la misma institución [...]”²⁷. Ello es derivado de la autonomía institucional y el estatuto jurídico por el que se rige el Ministerio Público y todos sus miembros.

El principio de independencia será desarrollado más adelante, ya que por ahora nos interesa el de jerarquía que está relacionado con el principio de unidad y

autonomía. Para el Tribunal Constitucional, “[...] con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, se reconoce también un principio de jerarquía, según el cual los fiscales pertenecen a un cuerpo jerárquicamente organizado y deben sujetarse a las instrucciones que les imparten sus superiores. Tal disposición, si se quiere que sea conforme a la Constitución, solo se justifica si de lo que se trata es de dotar de coherencia y unidad al ejercicio de las funciones constitucionales que establece el artículo 159 de la Constitución. De ahí la necesidad de que se establezcan también relaciones de coordinación conjunta entre los Fiscales de los distintos niveles, en atención a que la política de persecución criminal no puede ser definida por cada fiscal o juez en particular, pues ello corresponde al propio Estado”²⁸.

En nuestro concepto, este artículo 5 jamás deberá ser interpretado como que —fuera de las reglas internas, reglamentos y manuales generales—, se podrá orientar o dirigir la actuación fiscal, ya que eso significaría una afectación a su independencia. Las instrucciones que imparten los superiores, son aquellas que se dictan dentro de lo previsto en el ordenamiento jurídico, esto es, resultado de impugnaciones, por ejemplo, pero no se trata de instrucciones *sui generis* que se pretenda imponer al fiscal. Por ejemplo, en el artículo 135 del Código Procesal Penal (requerimientos del fiscal) en el numeral 2 se señala lo siguiente:

27 GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de derecho procesal penal*, 6.^a ed., Lima, 1980, p. 79.

28 STC, Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC Loreto, f. n.º 17, (en cursiva es nuestro).

“El Fiscal de la Nación emitirá las directivas e instrucciones necesarias para garantizar y uniformizar la presentación de las actuaciones que deben acompañar los requerimientos fiscales al juez de la Investigación Preparatoria, cuando la investigación no esté concluida”. Sin duda, esta directiva o instrucción, por el principio de jerarquía, es obligatoria para todos los fiscales.

En el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público se regula la llamada “queja de derecho”, frente al supuesto que se archive la denuncia, el denunciante podrá impugnar ante el fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la resolución denegatoria. En efecto, es bien que se confirme la decisión del fiscal de inferior jerarquía, que se ordene una ampliación de la investigación o que se formalice la denuncia ante el Poder Judicial.

Respecto al contenido del artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que señala que si se considera que un fiscal no ejerce debidamente sus funciones, se puede recurrir en queja al inmediato superior, precisando el acto u omisión que la motiva. Consideramos que es necesario verificar la vigencia práctica de este artículo, ya que a la fecha existe un órgano con una regulación especial para atender las quejas funcionales de los fiscales. Una delimitación de los alcances de las atribuciones de los fiscales inmediatos superiores a los quejados es necesaria para que no se vayan a crear situaciones de interferencia.

f. Principio de independencia

Entre los principios y derechos de la función jurisdiccional (art. 139 de la Constitución Política), además de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, encontramos la independencia²⁹ en el ejercicio de la misma, la que alcanza a la función fiscal, sin duda.

Si bien en diccionarios de la lengua española encontramos como sinónimo de *independencia* a la *autonomía*, existe una distinción, y para ello vamos a recurrir al Texto Único Ordenado del Poder Judicial, que en el artículo 2 sobre “autonomía e independencia del Poder Judicial” señala lo siguiente: “El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley”. Entonces autonomía es a la institución como independencia es a la actuación fiscal. La independencia es un atributo de la función jurisdiccional, mientras que la autonomía es un atributo pero respecto al ejercicio de las funciones administrativas en general³⁰. Claro está

29 “La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional” [STC, Exp. N.º 0023-2003-AI/TC Lima, f. j. n.º 28].

30 Mayor información respecto a la distinción entre autonomía e independencia puede leerse: GUERRA CERRÓN, María Elena, “La independencia judicial: un derecho fundamental de los ciudadanos”, en JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA,

que un presupuesto para el ejercicio de la independencia fiscal es que se respete la autonomía institucional por los demás poderes del Estado.

Encontramos que el Tribunal Constitucional, en algunos casos, cuando se refiere al Ministerio Público no hace la distinción entre autonomía e independencia, usando ambos conceptos como sinónimos, lo que no es correcto. Así, señala que “[...] los fiscales, individualmente considerados y cualquiera que sea su categoría dentro de la estructura organizativa del Ministerio Público, gozan de *autonomía externa*, es decir, en relación con los demás poderes y órganos constitucionales del Estado. Pero también es necesario que se reconozca su *autonomía interna*, lo cual implica que las funciones que desempeñan conforme a Derecho, han de realizarse dentro de un marco exento de intervenciones ilegítimas de parte de otros funcionarios o particulares, e incluso de fiscales de mayor jerarquía”³¹. De lo que se trata es de la *independencia externa*, respecto a funcionarios con otras competencias o poderes del estado e interna que se manifiesta verticalmente, respecto a los fiscales pares, y horizontalmente respecto a los fiscales de superior jerarquía³².

Pero luego, coherente con lo que conceptualizamos, lo siguiente: el Tri-

bunal Constitucional: “No obstante, es pertinente aclarar que el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que [l]os fiscales *actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones*, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado debensujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores”³³.

IMPORTANTE

[A]quella corriente que entiende el principio de unidad como medio de sumisión de un fiscal de instancia inferior a actuar de acuerdo a lo que ordene el superior, no es correcto.

En otro pronunciamiento señala que si se “[...] reconoce al Ministerio Público como un órgano autónomo, es obvio que tal autonomía solo puede tener su correlato en la realidad si es que se garantiza también su *independencia*. Tal independencia y autonomía, por tanto, deben ser entendidas desde dos perspectivas. En primer lugar, considerando al Ministerio Público como un órgano constitucional independiente frente a las injerencias que pudieran provenir de los demás poderes y órganos del Estado, así como de los poderes privados. En segundo lugar, su *autonomía* ha de ser entendida en relación con cada uno de los fiscales en tanto representantes de su

Roxana (coord.), *Independencia judicial*, JUS-DEM, Lima, agosto 2007, pp. 49-67.

31 STC, Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC Loreto, caso *Chávez Sibina*, f. j. n.º 14, (en cursiva es nuestro).

32 Ibídem, f. j. n.º 14 (en cursiva es nuestro).

33 Ibídem, f. j. n.º 15 (en cursiva es nuestro).

institución, cualquiera que sea su grado en razón de las facultades previstas y delimitadas en la Constitución y en la ley”³⁴.

En el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuya sumilla es “autonomía funcional”, se señala que “[...] los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución [...]”. La sumilla no es apropiada, ya que de lo que trata el contenido es de la independencia como atributo de los fiscales y no a la autonomía institucional. Por ejemplo, el Ministerio Público realiza su autonomía, ejerciendo la prerrogativa de autorregularse y formular un presupuesto propio y sustentándolo.

g. Principios de imparcialidad y de objetividad

Se suele afirmar que el principio de imparcialidad no es aplicable al Ministerio Público, sino más bien al principio de objetividad, afirmación que exige una explicación, puesto que hay que distinguir diferentes estadios en el proceso penal: el extrajudicial y el judicial. En la etapa judicial, no hay duda de que, de manera absoluta, la imparcialidad es una garantía para la impartición de Justicia, ya el juez no se debe *inclinar en favor o en contra de una parte*.

No obstante lo antes señalado, si imparcialidad significa que no haya

inclinación en favor o en contra de determinada persona, consideramos que esta situación es exigible de parte del fiscal al momento que recibe la denuncia (denunciante) y el descargo (denunciado). El fiscal no podrá ni deberá actuar con prejuicios en contra del denunciado y en favor del denunciante, ni viceversa. Si leemos la siguiente cita del Tribunal Constitucional, y la trasladamos al contexto de la actividad fiscal, nos daremos cuenta de que el principio de imparcialidad no puede ser excluido del ámbito fiscal.

IMPORTANTE

[E]l ejercicio de la función fiscal, especialmente en materia penal, con independencia, discrecionalidad y objetividad, con respecto al estatuto jurídico del Ministerio Público, las leyes y la Constitución Política, es garantía de seguridad jurídica.

“[...] El principio de imparcialidad posee dos acepciones:

- i. **Imparcialidad subjetiva.** Se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso [...]
- ii. **Imparcialidad objetiva.** Está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

De este modo, no puede invocarse el principio de independencia en tanto existan signos de parcialidad, pues según el entero del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual comparte este Colegiado: “[Un] Tribu-

34 Ibídem, f. j. n.º 13 (en cursiva es nuestro).

nal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia [...]”; debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables [...].

“[...] Es importante mencionar que, si bien los principios de independencia e imparcialidad judicial constituyen componentes esenciales de la función jurisdiccional, estos poseen una doble configuración, pues también constituyen garantías para las partes procesales”³⁵.

Derivado de la imparcialidad, es la objetividad la que se refleja en toda la actuación de los miembros del Ministerio Público, desde los actos iniciales de investigación, hasta la formulación de acusación.

Es así, que tal como está previsto en el capítulo IV.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece que el “[...] El Ministerio Público *está obligado a actuar con objetividad*, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional [...]” y a su vez en el artículo 61 del Código Penal se establece lo siguiente:

35 STC, Exp. N.º 0004-2006-PI/TC Lima, ff. jj. n.º 1,3, 20 y 21 (las cursivas son nuestras).

1. El fiscal actúa en el proceso penal *con independencia de criterio*. Adecua sus actos a un *criterio objetivo*, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación.

2. El Ministerio Público *está obligado a actuar con objetividad*, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional [...].

En el ejercicio de la función fiscal, se actúa con objetividad y si bien “[...] es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales”³⁶.

h. Principio de discrecionalidad

La discrecionalidad³⁷ es una facultad de actuar y decidir libremente, pero

36 STC, Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC Loreto, caso *Chávez Sibina*, f. j. n.º 7.

37 En el expediente N.º 0090-2004-AA/TC Lima (en Arequipa) el 5 de julio del 2004, ampliamente se describe la discrecionalidad:

“[...] 8. La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.

Respecto a los actos no reglados o discrecionales,

esa libertad debe ser ejercida dentro de un marco de razonabilidad, proporcionalidad, logicidad y coherencia, y por lo tanto, existe la exigencia de la fundamentación como contraparte del derecho a la motivación de las decisiones. Junto a esta cualidad, hay que tener en cuenta el principio de proscripción de la arbitrariedad. "Al reconocerse en los artículos 3 y 43 de la Constitución Política

los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. [...] 9. La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.

De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor.

La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables pre-determinadas por la ley [...].

del Perú el Estado social y democrático de derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo [...]”³⁸.

IMPORTANTE

[N]o existirá vulneración a los principios de unidad y obligatoriedad, cuando el fiscal decida variar su posición cuando aprecie que se han desvanecido los elementos que lo llevaron a presentar la acusación, siempre coherente con el respeto de protección a los derechos fundamentales.

La discrecionalidad se manifiesta a través de la calificación de las conductas y la determinación que hace el fiscal, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable para ejercitar la acción penal, sea esta de oficio o a pedido de parte (art. 159, inciso 5 de la Constitución). Es una atribución que debe ser ejercida de acuerdo con la Constitución, lo que implica que no

38 STC, Exp. N.º 0090-2004-AA/TC Lima, en Arequipa, caso *Callegari Herazo*, f. j. n.º 12.

puede hacerse irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales: “De ahí que por más que nuestra Carta Magna encomienda al Ministerio Público la defensa de la legalidad, ello no impide que ante un proceder arbitrario, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional pueda corregir tales actuaciones”³⁹.

i. Principio de interdicción de la arbitrariedad

Mientras que la discrecionalidad es un atributo del fiscal, algo preciado para el ejercicio de su independencia, la interdicción de la arbitrariedad es el necesario límite a esa atribución. De lo que se trata es de mantener el equilibrio como garantía de seguridad jurídica. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de

explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad” (Exp. N.º 090-2004 AA/TC).

Adecuando los fundamentos de la referida sentencia a la actividad fiscal, es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”⁴⁰.

La interdicción a la arbitrariedad, sin duda, es una garantía procesal, exigida a los fiscales de todas las instancias, y no solo al fiscal de instancia inferior cuando formaliza una acusación penal.

j. Principio de irretractabilidad

También es conocido como irrevocabilidad o indisponibilidad penal. Se entiende que, tratándose de un interés público, la acción penal no pertenece al Ministerio Público, por lo tanto, una vez presentada la acusación y requerida la puesta en funcionamiento del órgano jurisdiccional, deben mantenerse y proseguirse, esto es, que una vez ejercitada

39 STC, Exp. N.º 4620-2009-PHC/TC Lima, caso *Robles Montoya*, f. j. n.º 8.

40 STC, Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC Lima, caso *Cantuarias Salaverry*, f. j. n.º 30.

la acción penal el Ministerio Público no se puede desistir, suspender, interrumpir o abandonar. De ahí que la máxima es que el fiscal que acusó debe mantener su acusación hasta el final y por la misma razón deberá apelar si el órgano jurisdiccional no resuelve conforme a su pedido. Solo “el querellante particular puede apartarse de la función actora en cualquier momento; y desde el punto de vista estrictamente procesal también podrá apartarse el representante del ministerio fiscal, si no lo impidiera su obligación administrativa con el Estado. Pero, de cualquier manera que fuese, los efectos producidos por el ejercicio de la acción son irrevocables; el impulso actor perdura y el juez se encargará de alimentarlo, hasta que llegue alguna de las oportunidades en que el proceso pueda recibir finiquito, conforme a ley”⁴¹.

Entendemos que esta máxima está pensada en la institución, en el Ministerio Público como órgano, en su unicidad, como por el principio de unidad se suele decir que es el Ministerio Público el que actúa y el que acusa sin importar el sujeto fiscal que lo representa. En el contexto de un proceso que se declare nulo y vuelva al Ministerio Público para calificación, se esperaría que el nuevo fiscal acuse, para ser coherente con la actuación del fiscal anterior, invocándose el principio de unidad, como sustento de la irretractabilidad institucional. La doctrina de los actos propios (principio

del *venire contra factum proprium non valeat*) sustentaría también este principio de irretractabilidad, la que a su vez se relaciona con el principio de “unidad del Ministerio Público”, el cual prescribe: que un fiscal no puede ir en contra de un acto anterior de otro fiscal, ya que las actuaciones del Ministerio Público son una unidad, y que tampoco un fiscal puede actuar en contradicción o desconocimiento de sus propios actos anteriores, o realizar variaciones al acto de tal forma que importen una clara incoherencia.

Sin embargo, en nuestro concepto, ello es inconcebible, puesto que quien ejerce y asume la responsabilidad de sus actos y decisiones es el fiscal.

6. Interacción de fuerzas de acción penal

Luego del desarrollo de algunos conceptos y principios, es el momento de desarrollar los bloques o binomios de actuación fiscal en materia penal, lo que nos servirá para absolver las preguntas formuladas a manera de problema.

6.1. Primera fuerza de acción: unidad, independencia y discrecionalidad

En el Ministerio Público, órgano constitucionalmente autónomo, los fiscales penales ejercen la función fiscal con garantía de independencia, actúan con objetividad y discrecionalmente. El Tribunal Constitucional ha señalado, respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe

41 ODERIGO, Mario, *Lecciones de derecho procesal. Parte general*, cit., pp. 347-348.

arribar el fiscal en el transcurso de la investigación previa al proceso penal, lo siguiente: “[...] no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, solo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados”⁴². Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, *resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; se requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional*⁴³.

El poder discrecional del fiscal y la atribución de independencia garantizan que las desempeñen según su propio criterio y en la forma que estimen arreglada a los fines de su institución (artículo 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). La discrecionalidad la ejercita el fiscal, como gestor del conflicto penal, pero también como defensor de los derechos fundamentales de todos los intervenientes en el proceso, incluyendo al imputado. Sobre este poder, ha señalado el Tribunal Constitucional que “[...] es posible afirmar que *el grado de discrecionalidad* atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que

justifiquen su denuncia ante el juez penal, se *encuentra sometida a principios constitucionales* que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”⁴⁴. El ejercicio de la discrecionalidad no significa que sea el fiscal quien establezca qué conducta es punible o no, ya que ello está previsto en la ley, sino que con amplio criterio e independencia, determine si se dan los elementos para formular una acusación o una vez hecha que esta se mantenga o se retrate de la misma, ya que si bien “el principio de legalidad es uno de los pilares del Estado de derecho, también lo es que este apunta al fin del valor superior de la justicia”⁴⁵.

Si bien, “[...] la función del Ministerio Público es requiriente; es decir, postulante y, en ningún caso, decisoria ni sancionatoria, habida cuenta que no tiene facultades coactivas ni de decisión directa para la apertura de instrucción penal; por lo tanto, su accionar, conforme al ordenamiento legal, no comporta amenaza o violación a la libertad personal ni a sus derechos conexos”⁴⁶. Hay que

42 Citado por el Tribunal Constitucional, SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, vol. 1, Grifley, 2.ª ed., Lima, 2003, p. 470.

43 Cfr. Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC Lima, caso *Cantuarias Salaverry*, (en cursiva es nuestro).

44 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC Lima, caso *Cantuarias Salaverry*, f. j. n.º 30, (en cursiva es nuestro).

45 BERNAL CUELLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, cit., p. 187.

46 Exp. N.º 3960-2005-PHC/TC Junín, caso *Colonio Arteaga*, f. j. n.º 8.

destacar la responsabilidad en la investigación y en la suficiencia probatoria, aún preliminar, para formalizar una denuncia, nótese que el texto citado señala “conforme al ordenamiento legal” y ello remite al marco constitucional, como norma fundamental. Efectivamente, como “la labor que el fiscal realice una vez recibida la denuncia o conocida la noticia criminal no ha sido desarrollada en detalle por el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, esta actividad está sujeta a diversos principios y garantías que orientan su normal desenvolvimiento para que este sea conforme a la Constitución”⁴⁷.

6.2. Segunda fuerza de acción: obligatoriedad, jerarquía e irretractabilidad

El ejercicio de la función fiscal, especialmente en materia penal, con independencia, discrecionalidad y objetividad, con respeto al estatuto jurídico del Ministerio Público, las leyes y la Constitución Política, es garantía de seguridad jurídica.

Gimeno Sendra considera que los fiscales si bien son imparciales, entendida como una imparcialidad colectivamente reflexionada, no son independientes totalmente independientes debido al principio de unidad y de jerarquía⁴⁸.

47 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC Lima, caso *Cantuarias Salaverry*, f. j. n.º 29.

48 Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, “La reforma de la LECRIM y la posición del MF en la investigación penal”, en *El ministerio fiscal-director de la instrucción*, IUSTEL, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006, pp. 23-47, 37.

La unidad institucional no puede ser concebida como el deber de sometimiento de un fiscal a una orientación o directriz especial en una causa, abandonando su independencia de criterio. Tampoco, el principio de jerarquía [...] puede llevar a anular la autonomía del fiscal de menor jerarquía en el ejercicio de sus atribuciones. De ahí que se debe señalar que el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público no puede implicar, de ninguna manera, que los Fiscales de menor jerarquía se conviertan en una suerte de ‘mesa de partes’ de sus superiores como ha ocurrido en el presente caso, dado que el fiscal emplazado se limitó a dar trámite a lo ordenado por la Fiscal de la Nación, sin realizar, por sí mismo, ningún acto de investigación, tal como se aprecia claramente de fojas 1277 a 1287⁴⁹.

Tenemos una interesante ilustración, en la sentencia C-1641/00, Sala Plena de la Corte Constitucional Bogotá del 29-11-2000:

“[...] La anterior conclusión, que surge de una interpretación sistemática de la Carta, armoniza además plenamente con varias decisiones previas de esta Corte, que explícitamente señalaron que el ejercicio de una atribución jurisdiccional requería que el funcionario concreto gozara de independencia e imparcialidad. Así, la sentencia C-558 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz, estudió varias disposiciones del estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación y tuvo que analizar, en particular, la constitucionalidad del artículo 19, según el

49 Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC Lima, caso *Chávez Sibina*, f. j. n.º 18 (en cursiva es nuestro).

cual, los Fiscales delegados actuarán bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del fiscal General¹. *La sentencia declaró la constitucionalidad del aparte acusado, pero de manera condicionada, pues precisó que la jerarquía administrativa del Fiscal General no le permitía instruir jurídicamente a sus delegados sobre cómo resolver un caso, ya que una tal práctica acabaría con la independencia e imparcialidad de los fiscales que, conforme a la Carta, son funcionarios judiciales.* Dijo entonces la Corte en esa sentencia: [...]

La Fiscalía es un órgano administrador de justicia, que interpreta la ley y le da aplicación en casos particulares y concretos, dirime conflictos, y, en general aplica el derecho a casos específicos, y cuando sus funcionarios ejercen estas actividades se convierten en jueces y, como tales, deben ser independientes y autónomos en las decisiones que adopten en el desarrollo de la investigación y acusación de los presuntos infractores de la ley penal. [...]

En consecuencia, no le está permitido al Fiscal General de la Nación, como a ningún otro funcionario de la Fiscalía, injerir en las decisiones que deban adoptar los demás fiscales en desarrollo de su actividad investigativa y acusadora, ni señalarles criterios relacionados con la forma como deben resolver los casos a su cargo, ni cómo deben interpretar la ley, pues se atentaría contra los principios de independencia y autonomía funcional del fiscal.

Que la Constitución al radicar en cabeza de la Fiscalía una función pública, que se ejerce a través del Fiscal General de la Nación, de los fiscales delegados y de todos aquellos otros funcionarios que señale la ley, ha establecido una estructura jerárquica y dependiente, no tiene la connotación de permitir la intervención de los superiores en las decisiones que han de tomarse dentro de los procesos que adelanta cada uno de los fiscales, ya que ha de entenderse que esa forma organizacional tiene cabida en el campo

administrativo, disciplinario, y para efectos de señalar cuál es el personal competente para resolver recursos segundas instancias, mas no en el campo jurisdiccional.

De aceptarse que el fiscal General de la Nación o los superiores jerárquicos de los fiscales pudieran entrometerse en los procesos penales, se tornaría la segunda instancia en un mecanismo totalmente inocuo, en detrimento del investigado y con violación del debido proceso, puesto que quien iría a fallar no sería un funcionario imparcial e independiente, como lo debe ser cualquier juez, sino un funcionario ligado a unas órdenes u orientaciones, que está obligado a cumplir [...]⁵⁰

IMPORTANTE

Si un fiscal con independencia de criterio ejerce sus atribuciones, estas no tienen por qué vincular a otro fiscal, si es que se advierte que existe algo por corregir, lo cual evidentemente deberá ser motivado y fundamentado.

Esta cita tiene por objeto llamar a la reflexión respecto a la interacción de fuerzas de acción en materia penal, ya que la idea no es poner en una situación de incertidumbre al fiscal ni poner en tela de juicio su actuación, sino por el contrario evaluar cualquier decisión con un manejo integral de los principios orientadores a los cuales antes nos hemos referido.

En este contexto, surge la contraparte del principio de irretractabilidad, que es

50 Sentencia C-1641/00, Sala Plena de la Corte Constitucional Bogotá, (en cursiva es nuestro).

la retractabilidad. Recordemos que el ejercicio de la acción penal solo encontrará legitimidad cuando se trate de un hecho que revista los caracteres de un delito, *sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley*⁵¹. Así, no existirá vulneración a los principios de unidad y obligatoriedad, cuando el fiscal decida variar su posición cuando aprecie que se han desvanecido los elementos que lo llevaron a presentar la acusación, siempre coherente con el respeto de protección a los derechos fundamentales.

Hablar de retractabilidad del fiscal no es nada pacífico. Como señalamos en la introducción de este trabajo, en el artículo que escribimos en el año 2009, se trata de una nueva cultura de trabajo en el nuevo Código Procesal Penal, pero ahora con más conocimiento de causa, podemos afirmar que si bien en el nuevo modelo procesal penal están escritas algunas exigencias para no solo acusar sino cautelar los derechos de los procesados, esta demanda-exigencia en la función fiscal siempre ha existido, desde que contamos con una Carta Magna en la que están consagrados los derechos constitucionales y los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, no es admisible que ante la presunta comisión de cualquier hecho punible, ni que una vez instaurado el proceso penal, no pueda en ningún caso haber desistimiento de la pretensión penal, a través de

la retractabilidad, como atribución de la función fiscal.

En contra de la retractabilidad como atribución del fiscal se podrá decir que si ya se ha acusado es porque existen los elementos que acreditan la existencia del delito y la responsabilidad del imputado, y como ellos constan en el documento acusatorio, entonces ¿cómo es que el fiscal podría retractarse (rectificar, desdecirse, retirarse, arrepentirse, anular o volverse atrás) y pedir el sobreseimiento o retirar la acusación?

Previamente, para dar una respuesta es imperativo determinar si los principios de obligatoriedad y de irretractabilidad podrían tener un lugar preferente al aseguramiento de los derechos que, como persona, corresponde al imputado. Sin duda, lo primero es la protección y defensa de la dignidad humana con todo lo que ello significa. De ahí que el fiscal, al momento de acusar, debe asegurarse de tener elementos suficientes para obtener una sentencia de condena, y si tal situación cambia no deberá esperar inerte a que el Órgano Jurisdiccional sea el que absuelva, en todo caso, por insuficiencia probatoria, sino que deberá actuar según el rol protector de los derechos fundamentales que tiene.

7. Solución de preguntas-problema

Esta es la parte en la que, absolviendo interrogantes, queremos llegar a lo que consideramos la deconstrucción del marco de actuación fiscal en materia penal, precisando que no debe equipararse al fiscal

51 STC, Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC Lima, caso *Cantuarias Salaverry*, f. j. n.º 31.

con el Ministerio Público. El primero es el sujeto con las competencias atribuidas por ley y por la Constitución Política y el segundo es la institución. Si bien comparten los mismos principios, estos son aplicados distinguiendo cada ámbito y teniendo en cuenta los deberes, pero también los derechos fundamentales de los fiscales.

7.1. ¿Si un fiscal penal decide no formalizar denuncia, el fiscal superior revisor en segunda instancia, puede ordenar que se formalice la denuncia?

Este es el escenario donde el fiscal inmediato superior, en mandato contrario al criterio y discrecionalidad del fiscal penal investigador ordena una actuación determinada. La respuesta a la pregunta es positiva; sí puede ordenar que se formalice y el fiscal de la instancia inferior debe hacerlo. En el mejor de los casos, si el mandato superior puede ser tan completo e integral que efectivamente lleva a admitir al fiscal de instancia inferior que tuvo algunas omisiones y que por lo tanto lo que corresponde es acusar. Pero, ¿qué sucede cuando uno discrepa totalmente del mandato superior? Bueno, lo que tendría que hacerse, —desde nuestro punto de vista—, sin que ello implique una falta de respeto al superior jerárquico, es —en la introducción del dictamen acusatorio—, dejar constancia que se cumple con el mandato superior, y desarrollar brevemente su postura.

En cualquier caso, la exigencia de interdicción de la arbitrariedad para las instancias superiores es plenamente vigente.

En el siguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se señaló que “tal actuación comporta una omisión del mandato constitucional previsto en el artículo 159 inciso 4, que dispone que corresponde al Ministerio Público ‘[conducir desde su inicio la investigación del delito [...]’; así como también de lo dispuesto en el propio artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que prescribe: ‘[...] os fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución’; *pues el fiscal emplazado no realizó la investigación correspondiente, limitándose a cumplir la imposición de la Fiscal de la Nación a formular denuncia penal, lo que constituye una abierta vulneración también del derecho fundamental a la motivación, exigencia que no se limita a las resoluciones judiciales (artículo 139, inciso 5), sino también a la denuncia fiscal*⁵². Aquí, el mensaje es que tampoco se trata de un simple cumplimiento del mandato superior, sino que hay una exigencia de investigar lo suficiente.

7.2. ¿Si un fiscal penal formaliza denuncia penal, luego puede retractarse?

Sí puede retractarse, no existe disposición legal o principio que lo impida. No sería argumento para negar este derecho-deber al fiscal, invocando el

52 STC, Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC Loreto, caso *Chávez Sibina*, f. j. n.º 19, (en cursiva es nuestro).

principio de unidad, puesto que el error es una posibilidad; por lo tanto, no hay que temer su rectificación o subsanación para salvar el proceso o para darlo por concluido, con mayor razón si se hace en la oportunidad debida o inmediatamente de advertido. Si es para salvar el proceso y la acusación, por ejemplo, en el artículo 374 del Código Procesal Penal se ha previsto la facultad del fiscal para subsanar cualquier omisión que pueda haber, siempre y cuando se garantice el derecho de defensa al imputado. Si se trata de concluir un proceso porque se advierte que se ha cometido un error, este debe ser admitido (igualmente si se trata de un error de un fiscal anterior) y si con ello se considera que no se debió acusar o si después de la acusación existen circunstancias que no se conocieron al momento de la acusación, se deberá asumir el cambio de decisión y rectificación correspondiente. Sin duda, la regla es que como conductor y director de la investigación, el fiscal deberá procurar disminuir cualquier riesgo de error en la investigación, sin embargo, este, excepcionalmente, puede darse, por tanto, no tendrá por qué “satanizarse” tal ocurrencia. Distinto es el supuesto de actuación arbitraria con la sola intención de causar un perjuicio o si se retira la acusación sin fundamento alguno. Como señala Cornelutti, “menos mal cuando el error es reconocido relativamente pronto, antes del debate, con la absolución por parte del juez instructoro, lo más, al final del debate de primer grado; pero no son raros los casos en los cuales, después de una primera condena, la absolución llega

más tarde, al final de un vía crucis, que no es raro que dure algunos años; [...] Es pues, precisamente la hipótesis de la absolución la que descubre la miseria del proceso penal el cual, en tal caso, tiene el único mérito de la confesión del error [...] no conozco un jurista, con excepción de quien os habla, que haya advertido que toda sentencia de absolución es el descubrimiento de un error. De este modo o por negligencia o por falso pudor, se ocultan las miserias del proceso penal, que deben, en cambio, ser conocidas y sufridas a fin de que se califique, como se debe a la justicia humana”⁵³.

Por otro lado, aún a riesgo que se califique como “incoherencia”, si un fiscal considera que debe salvaguardar derechos fundamentales ya sea por posibles errores u omisiones o porque la quasi certeza de responsabilidad del imputado se desvanece, este no solo se encuentra facultado, sino que tiene el deber de retractarse.

7.3. ¿Si un fiscal penal x denunció, terminado el proceso se impugnó y la Corte Suprema declaró la nulidad, el fiscal penal y tiene la obligación de formalizar denuncia, o puede dejar de hacerlo?

No tiene obligación de formalizar denuncia. El fiscal puede dejar de acusar, lo cual no vulnera el principio de unidad. Ante el presupuesto de que se está actuando con independencia,

53 CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 2002, p. 76.

imparcialidad, objetividad y sujeto a la ley, la Constitución Política del Perú, Convenios y resoluciones supranacionales (principio de convencionalidad).

Destacamos la independencia de criterio, si un fiscal con independencia de criterio ejerce sus atribuciones, los cuales no tienen por qué vincular a otro fiscal, si es que se advierte que existe algo por corregir, lo cual evidentemente deberá ser motivado y fundamentado. No podrá alegarse que por el principio de unidad, se deberá formular denuncia y además usar los mismos argumentos, ello no es responsable. Si es manifiesto que no hay pruebas que justifiquen la reafirmación de la acusación, no puede seguirse adelante. Es cierto que, “tan arbitraria e irrazonable es una resolución judicial que adolece de falta de motivación, como aquella denuncia fiscal en la que no existen fundamentos objetivos y razonables —y sí, por el contrario, argumentos subjetivos e injustificados— para que se formule una denuncia penal contra una determinada persona”⁵⁴.

8. Conclusión

- Con la solución a las preguntas problema, previo desarrollo de las dos fuerzas de acción fiscal penal, hemos pretendido deconstruir el marco de orientación para la actuación fiscal en materia penal, y lo hemos hecho a partir de la Constitución Política del Perú y los principios especiales

que regulan el ejercicio de la función, aplicados de manera integral y no en forma aislada. Así, de la interacción de las dos fuerzas de acción identificadas y desarrolladas en este trabajo, debemos evitar situaciones en las que el fiscal no pueda aplicar su criterio independiente o que no pueda dejar constancia de ello.

JURISPRUDENCIA ANTERIOR RELEVANTE:

“El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley” [STC Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC Lima, caso Cantuarias Salaverry, f. j. n.º 31].

- La afirmación de cómo “algunos representantes del Ministerio Público contra toda razón y lógica (porque la absolución ya es un hecho inevitable), pretenden ir más allá de lo que le impone su deber procesal de sostener su acusación escrita, en notorio abuso de sus atribuciones, se exceden y hacen gala de una necia porfía, al insistir en su tesis acusatoria, ya en esos momentos fuera del lugar”⁵⁵.

54 STC, Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC Loreto, f. j. n.º 19.

55 MARCONE, Juan, *Juicio oral teoría y práctica*, Marcone editores, Lima, octubre 1999, p. 398.

No es sostenible por cuanto ello no se condice con la función y con los deberes de actuación del fiscal. Tampoco es tolerable que “cuando el fiscal es respetuoso de la condición humana; de la inocencia patética del acusado, de la justicia, y tiene la calidat y formación profesional, suaviza su acusación, baja el tono, hacer ver a la Sala Penal y al acusado, que si en esos momentos está sosteniendo su acusación escrita, prácticamente por mandato de la ley, porque tiene que cumplir con un requisito formal y procesal”⁵⁶. Deben desterrarse situaciones como las semejantes.

- No es posible negar la retractabilidad como atribución fiscal y menos referirse al cambio de la apreciación fiscal, respecto a la comisión de un delito, como una demostración de temeridad o manifestación de parcialidad, máxime si expresamente en el artículo 387, numeral 1), del Código Procesal Penal está prescrito que “el fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados y las pruebas en que fundan [...]”. Ergo si considera lo contrario, no deberá hacerlo y más que todo lo señalado, las prescripciones constitucionales y convencionales (normas supranacionales).
- Hemos resaltado el marco constitucional y hemos recurrido a abundan-

tes citas del Tribunal Constitucional, con la intención de dejar constancia, que no tiene que esperarse que la nueva norma procesal esté vigente en todos los distritos judiciales y fiscales para adecuar nuestra actuación a la protección de los derechos fundamentales. 

9. Referencias bibliográficas

ANGULO ARANA, Pedro Miguel, *El principio de oportunidad en el Perú*, Palestra, Lima, setiembre, 2004.

BERNAL CUELLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNELL, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, 5.^a ed., t. I, Universidad externado de Colombia, Colombia, 2004.

BRAMONT ARIAS, Luis, *El Ministerio Público*, SP Editores, Perú, 1984.

CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 2002.

CHIAVARIO, Mario, “El Ministerio Público en Italia como responsable de la investigación preliminar” traducida por Pablo Morenilla Allard, en GIMENO SENDRA, Vicente, *El ministerio fiscal-director de la instrucción*, Ministerio de Justicia, IUSTEL, Madrid, 2006.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, 5.^a ed., vol. 3, Alianza, Madrid, 1984.

GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de derecho procesal penal*, 6.^a ed., Lima, 1980.

GIMENO SENDRA, Vicente, “La reforma de la LECRIM y la posición del MF en la investigación penal”, en *El ministerio fiscal-director de la instrucción*, IUSTEL, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.

GUERRA CERRÓN, J. María Elena, “La discrecionalidad y retractabilidad, como prerrogativa del fiscal en el nuevo modelo procesal penal” en *Actualidad Jurídica*, N.^o 176, Gaceta Jurídica, Lima, julio del 2008.

GUERRA CERRÓN, María Elena, “La independencia judicial: un derecho fundamental de los ciudadanos”, en JIMÉNEZ VARGAS-

56 Ibídem, p. 399.

MACHUCA, Roxana (coord.), *Independencia judicial*, JUSDEM, Lima, agosto del 2007.

HUERTA TOCILDO, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, en *El principio de legalidad*, Madrid, 2000.

MARCONE, Juan, *Juicio oral teoría y práctica*, Marcone editores, Lima, octubre 1999.

MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, t. I, Temis, Bogotá, Colombia, 1996.

ODERIGO, Mario, *Lecciones de derecho procesal. Parte general*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1967.

ORÉ GUARDIA, Arsenio, “El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Peruano”, en GIMENO SENDRA, Vicente, *El ministerio fiscal-director de la instrucción*, IUSTEL, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., vol. I, Grijley, Lima, octubre, 2003.