

MINISTERIO PÚBLICO Y PRINCIPIO ACUSATORIO: ¿PUEDE UNA SALA PENAL DISPONER EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN CONTRA DE LA OPINIÓN DEL FISCAL SUPERIOR?

Mateo G. Castañeda Segovia(*)

[-]

CRITERIO DE LOS AUTORES

El autor analiza la respuesta de las Salas Penales frente a los incidentes de apelación del auto de no ha lugar a abrir instrucción cuando el Fiscal Superior ha dictaminado en contra del ejercicio de la acción penal. Así, sostiene que si el Fiscal Superior confirma el auto de no ha lugar del juez penal, esta decisión vincula al Poder Judicial, en tanto le corresponde exclusivamente al Ministerio Público -regido por los principios de unidad y jerarquía- el ejercicio de la acción penal, razón por la cual la Sala deberá poner fin al incidente o dar por desistida la impugnación.

SUMARIO:

I. Generalidades. II. Principio de autonomía del Ministerio Público. III. Exclusividad del ejercicio de la acción penal. IV. Principio de unidad del Ministerio Público. V. Principio de jerarquía del Ministerio Público. VI. El principio acusatorio. VII. Otra solución: el desistimiento de la impugnación fiscal. VIII. ¿Puede una Sala Penal disponer el ejercicio de la acción penal en contra de la opinión del Fiscal Superior? IX. La afectación del principio acusatorio autoriza recurrir a un proceso constitucional. X. Conclusiones.

MARCO NORMATIVO:

•Constitución Política del Estado: arts. 158 y 159 inc. 5.

•Código Procesal Penal de 2004: arts. IV y 60.

•Ley Orgánica del Ministerio Público: arts. 1 y 5.

I. GENERALIDADES

El proceso penal moderno está basado en el principio acusatorio, bajo el cual existen diferentes roles en el proceso penal: un Fiscal que investiga y acusa, un defensor que defiende y un Juez que juzga. Por esta razón no puede existir un juicio sin acusación.

En el Perú desde la creación del Ministerio Público en la Constitución de 1979 se viene produciendo una larga lucha normativa y jurisprudencial por la consolidación de este principio: primero fue la reforma para que los jueces no puedan abrir instrucción sin denuncia fiscal, luego fue el tema de la inexistencia de juicio oral sin acusación fiscal, que hoy ya son pacíficos, pero subsiste todavía el tema de la posibilidad de ampliar instrucción en contra del dictamen fiscal y el tema de las apelaciones de los autos de no haber lugar a abrir instrucción en los cuales el Fiscal Superior dictamine la confirmación del auto. Este último tema es el objeto de la presente investigación jurídica.

¿Qué ocurre en los incidentes de apelación del auto de no haber lugar a abrir instrucción, en los cuales el Fiscal Superior opina en contra del ejercicio de la acción penal?

He verificado que las Salas Penales del país, tienen distintas soluciones jurídicas:

a) Algunas respetan el dictamen del representante del Ministerio Público.

b) Otras, dicen que al haber postulado la denuncia un Fiscal Provincial se sienten autorizadas a resolver el tema incluso en contra del dictamen Fiscal Superior.

c) Otras, dicen que si la misma parte que apeló (Ministerio Público) es la que dictamina en contra del ejercicio de la acción penal, se debe interpretar que se ha producido un desistimiento de la impugnación.

Este es el estado de la cuestión y el tema resulta muy importante, por las consecuencias jurídicas de cada una de las posiciones de cara al justiciable y a la continuación o archivo del correspondiente proceso penal.

En las siguientes líneas, ofrezco mis reflexiones jurídicas en defensa de los fueros de la institución del Ministerio Público -a la que pertencí por 26 años- en torno al hilo del tema propuesto como objeto de investigación.

II. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Constitución Política del Perú de 1993 -tanto como la de 1979- organiza al Estado bajo la teoría de división de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), y como contrapesos de estos poderes, reconoce como órganos constitucionales autónomos con funciones específicas, entre otros, al Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo.

Estos organismos constitucionales autónomos tienen funciones constitucionales prefijadas en la Carta Magna y desarrolladas por sus respectivas leyes orgánicas.

El artículo 158 de la Constitución Política del Perú reconoce al Ministerio Público como un organismo constitucional autónomo atribuyéndole funciones constitucionales entre las cuales destaca la *exclusividad en el ejercicio de la acción penal pública*.

Para el ejercicio de sus funciones, la Constitución le otorga al Ministerio Público autonomía funcional, administrativa y medios económicos a través del presupuesto nacional. Para ello le asegura independencia en el ejercicio de sus funciones, autorregulación normativa, autogobierno institucional y titularidad de su pliego presupuestal.

Este modelo peruano de Ministerio Público autónomo desde hace más de tres décadas viene sirviendo de modelo a otras Constituciones en Latinoamérica (v. gr. la reforma constitucional chilena), frente a otros modelos más antiguos como el español, el italiano y el alemán, donde el Ministerio Público está incardinado dentro del Poder Judicial o es dependiente del Poder Ejecutivo.

Francisco Granados, desde España afirma sobre la autonomía del Ministerio Público: “(...) Como consecuencia de ello ningún poder, institución ni funcionario ajeno a la carrera fiscal podrá legalmente suplantar decisiones organizativas o estructurales relacionadas con su funcionamiento, que, por tanto, deberán emanar de la voluntad soberana de los órganos que conformen el desarrollo del Ministerio Fiscal. En otras palabras, la sujeción ‘en todo caso’ a los principios de legalidad e imparcialidad

predeterminada la esencia de su autogobierno, que debiera asegurar y desarrollar el legislador sin más ambigüedades ni demoras”(1).

Martínez Dalmau, por su parte, considera al Ministerio Público como “un órgano ‘interpoderes’ dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, dotado de plena autonomía para el mejor cumplimiento de sus funciones y a través de su autogobierno asegurar la total e íntegra observancia de los principios básicos de legalidad (...)”(2).

En la doctrina peruana: Pedro Flores Polo(3), Florencio Mixán Mass(4), Pedro Angulo Arana(5) y José Antonio Peláez Bardales(6), coinciden en la necesidad de esta autonomía no solo como garantía del Estado de Derecho, sino como garantía del justiciable. Es autónomo frente a los otros poderes, no le debe nada al gobierno de turno y solo está obligado al mandato de la Constitución, por lo que ninguna autoridad puede interferir en sus funciones.

En esta misma línea, nuestro Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0004-2006-PI/TC, del 29 de marzo de 2006, se ha pronunciado sobre este tema, estableciendo que la autonomía del Ministerio Público tiene por finalidad asegurar y proteger su actuación para que pueda cumplir eficazmente sus funciones constitucionales, evitando la dependencia y subordinación respecto de otros órganos, poderes o personas, sean estas públicas o privadas(7).

En otra sentencia, la STC Exp. N° 06204-2006-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado:

“Al respecto, el Tribunal Constitucional debe precisar que si bien la Constitución, en su artículo 138, 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 institución, cualquiera que sea su grado en razón de las facultades previstas y delimitadas en la Constitución y en la ley”(8).

Podemos decir, entonces, con todo este aparejo de la doctrina especializada nacional e

internacional, y además con la doctrina jurisprudencial de nuestro máximo intérprete constitucional, que la finalidad de la autonomía del Ministerio Público es garantizar el ejercicio independiente de sus funciones constitucionales, sin cortapisas, sin presiones y sin interferencias de ningún poder, institución o persona.

III. EXCLUSIVIDAD DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Nuestra Constitución en su artículo 159.5 establece que corresponde al Ministerio Público como una de sus funciones constitucionales: ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

La Ley Orgánica del Ministerio Público en su artículo 1 desarrolla esta función vinculándola a la persecución del delito.

El Código Procesal Penal de 2004 en el artículo IV de su Título Preliminar y en su artículo 60 establece que la titularidad de la acción penal pública le pertenece al Ministerio Público, que actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial. También actúa por noticia criminis.

Algunos autores, como Gimeno Sendra en España y San Martín Castro en el Perú, vinculan este principio con el principio oficial:

“Esta forma de ejercicio de la acción penal tiene su fundamento en el principio oficial, que consiste en la asignación de la potestad de acción a una institución pública. En el Perú, la Constitución Política de 1993 ha establecido en su artículo 159.5 que se asigna la potestad de la acción penal pública al Ministerio Público”(9).

“El principio oficial es un derivado del principio de legalidad; un sistema procesal que se rija por este principio supone la exigencia que la acción penal se ejercite y el proceso penal se realice ante la sospecha de comisión de un delito (...)”(10).

Esta titularidad del Ministerio Público es absoluta, al punto que algunos autores hablan del monopolio del ejercicio de la acción penal.

La consecuencia de esta titularidad de la acción penal (pública) es que en nuestro sistema jurídico únicamente el Ministerio Público puede investigar y formalizar una denuncia penal ante el Poder Judicial (excepto las acciones privadas). De allí se deduce

que, como tiene el señorío sobre la acción penal, resulta que también puede disponer de él en cualquier instancia judicial, por ejemplo, cuando el Fiscal Superior dictamina en un caso concreto que no existe mérito para acusar o cuando luego del juicio oral decide retirar la acusación fiscal.

IV. PRINCIPIO DE UNIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público constituye una unidad de cara a sus funciones, facultades, poderes y atribuciones propias como institución. Jerárquicamente corresponde el mando al superior, es decir al Fiscal de la Nación; hay lógicamente una pluralidad de funcionarios, pero su representación es coherente y armoniosa, existiendo con ello una identidad de mando y de dirección en todos los actos en que intervengan los funcionarios del Ministerio Público.

El Fiscal General de España, Cándido Conde-Pumpido, reflexiona de esta manera en torno al principio de unidad:

“El Ministerio Fiscal español se organiza según el principio napoleónico de la unidad de la institución; dice al respecto el artículo 22.1 del Estatuto Español que el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado (...) Este principio es un principio legal, que no cabe confundir con el constitucional de la ‘unidad de actuación’. La unidad del Ministerio Fiscal como institución significa dos cosas: primera, que el Ministerio Fiscal es visto siempre como un todo indivisible, en el que se integran los individuos que lo componen no a título personal, sino como representantes del órgano, sin diferenciarse de la institución que representan y con carácter fungible, esto es, sustituible, sin que el cambio de la persona signifique un cambio de la posición procesal del Ministerio Fiscal, ni rompa la continuidad de su actuación procesal como parte (...)”(11).

Por su parte, Francisco Granados expresa que este principio es el que diferencia al Ministerio Público del Poder Judicial:

“(...) Este valor de la palabra ‘unidad’ consagra, además, la profunda diferencia que marca al Ministerio Fiscal con el Poder Judicial, caracterizado precisamente por su pluralidad y dispersión (...). La unidad, como principio interno de organización, va estrechamente vinculada al de jerarquía (...) de tal manera que el Superior siempre está, al menos, informado de las decisiones -cuando no comprometido con ellas- que en cada caso concreto marcan el sentido y fondo de la actuación de los funcionarios que

ejercen su actividad desde la base de tan perfecta estructura piramidal”(12).

El Consejo Fiscal español lo conceptúa como un principio inspirador del Ministerio Fiscal español:

“(…) El principio de unidad, el hecho de que el Ministerio Fiscal es único en todo el Estado, asegura la interpretación homogénea de la ley y la continuidad en la función, de tal manera que lo que con él se pretende es que la actuación del Fiscal, si no idéntica, sea al menos congruente en casos semejantes, con el fin de que la ciudadanía vea en la función del Ministerio Fiscal una uniformidad que proporcione seguridad (...). El principio de unidad del Ministerio Fiscal tiene como presupuesto la unidad orgánica que arranca del axioma del Derecho francés: ‘Le Ministère Public est un et indivisible’, idea reflejada en el artículo 22.1 del Estatuto: El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado, complementado con la siguiente previsión, que atribuye al Fiscal General del Estado: ‘la representación (del Ministerio Fiscal) en todo el territorio español’. Y, cerrando las disposiciones normativas al respecto, el artículo 23 establece taxativamente que los miembros del Ministerio Fiscal actuarán siempre en representación de la Institución (...). Como consecuencia de la unidad orgánica, los miembros del Ministerio Fiscal actúan de forma indivisible y fungible en el sentido de que todos pueden sustituirse entre sí para intervenir en un proceso y, dentro incluso del propio proceso, sin que quede afectada la representación institucional (...)”(13).

En el Perú, Pedro Flores Polo lo relaciona con el principio de indivisibilidad:

“(…) la unidad del Ministerio Público proviene del Derecho francés donde nació el principio ‘Le Ministère Public est un et indivisible’. Coexiste con el principio de ‘indivisibilidad’. Ambos constituyen los fundamentos básicos de la institución, a nivel doctrina (...). El Ministerio Público, constituye ‘unidad’ en el sentido de que todas las personas físicas que componen la institución se consideran como miembros de un solo cuerpo, una sola dirección, dice el profesor mexicano, Castro. La función forma un todo, un cuerpo único y el acto cumplido por cualquiera de sus miembros indistintamente, compromete a la institución, sostiene Jean Graven (...). Así sucede con el Ministerio Público del Perú, que es jerárquicamente organizado y obedece a una sola dirección, que es la impuesta por el Fiscal de la Nación (...). En el Perú, el Ministerio Público posee organización vertical que garantiza la disciplina, la jerarquía y la unidad (...). A la pluralidad de miembros corresponde la indivisibilidad de la institución: unidad en la diversidad. En nuestro medio, el Fiscal Provincial Penal que formula denuncia y

ofrece pruebas, emite informe; el Fiscal Superior en lo Penal que acusa, ofrece pruebas, etc., y el Fiscal Supremo en lo Penal que dictamina previamente a la sentencia; todos ellos actúan en representación del Ministerio Público”(14).

El profesor Bramont Arias explica este principio con diáfana claridad conceptual, vinculándolo a una concepción corporativa frente a la judicial que es individual:

“Significa que todos los funcionarios de la institución, diseminados por juzgados y tribunales, constituyen un solo órgano bajo una sola dirección, una sola voluntad que dirige sus actividades: el Fiscal de la Nación. La institución está constituida por una pluralidad de funcionarios, pero su representación es coherente y armónica. La unidad consiste en que haya identidad de mando y de dirección, en todos los actos en que intervengan los funcionarios del Ministerio Público; las personas físicas que forman parte de la institución constituyen una pluralidad de funcionarios, pero su representación es única e indivisible, esto es, la personalidad de cada uno de sus miembros es absorbida por la función. La concepción jurídica del instituto es, por tanto, esencialmente corporativa, frente a la judicial, que es eminentemente personalista, ya que en ella se propende a realzar, sobre todo, la independencia de sus elementos humanos”(15).

Una de las consecuencias más apreciadas de este principio de unidad es el fortalecimiento de la unidad de criterio en la actuación fiscal, que evita criterios distintos o contrapuestos entre los Fiscales, porque todos ellos actúan en nombre y representación del Ministerio Público y deben llevar una misma línea de acción en la persecución del delito.

Por el principio de unidad, entonces, se debe comprender que la existencia de diversos niveles de Fiscales en las distintas instancias del Poder Judicial, no significa que sean diferentes Fiscales, sino que todos ellos representan en su instancia al Ministerio Público, que es uno solo.

V.PRINCIPIO DE JERARQUÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que los Fiscales forman un “cuerpo jerárquicamente organizado”. Este es el reconocimiento normativo del principio de jerarquía, que se predica en todos los niveles del Ministerio Público.

El principio de jerarquía tiene como objetivo lograr la unidad en la actuación de todos

los órganos fiscales (Supremos, Superiores, Provinciales).

Su concretización en las relaciones intrainstitucionales implica en algunos casos supremacía y en otros casos subordinación, pues se presenta:

a) La posibilidad de que el Fiscal de mayor jerarquía controle y revise la actuación del Fiscal inferior; especialmente cuando conoce en grado o instancia, impartiendo órdenes en el ámbito de la función.

b) El deber de obediencia de los subordinados respecto del Fiscal de mayor jerarquía; que se materializan en actuaciones por “mandato superior”, sin posibilidad de resistir o recurrir dichos mandatos.

Por estas razones, se habla de una pirámide jerárquica en cuyo vértice superior está el Fiscal de la Nación, en el escalón siguiente los Fiscales Supremos, los Fiscales Superiores y los Fiscales Provinciales.

En el caso español, se hace mucho énfasis en este principio, que tiene implicancia en lo orgánico y en lo funcional. Así, para Cándido Conde-Pumpido:

“(…) significa que el Ministerio Fiscal es un cuerpo jerárquico en el que el Fiscal General del Estado ejerce la jefatura superior sobre todos los Fiscales del territorio español (art. 22.1), y donde cada jefe ejerce la autoridad sobre los que le están subordinados, bajo la dependencia a su vez de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado (art. 22.3). Lo primero que hay que señalar es que nos encontramos ante un principio de orden interno, regulador de las relaciones de disciplina de los funcionarios del Ministerio Fiscal. La Constitución es clara al respecto: el principio de dependencia jerárquica afecta al ejercicio de sus funciones por los órganos propios del Ministerio Fiscal, no a la dependencia de la institución de cualquier otro órgano ajeno (...). Por último, la tesis más acorde con la tradición del Ministerio Fiscal napoleónico lleva a que todos los individuos que lo integran dependan del Fiscal General del Estado a través de sus jefes respectivos y comporta una serie de poderes de dirección y mando otorgados a aquel: ordenar actuaciones, resolver consultas, establecer directrices genéricas (circulares) o específicas (órdenes, instrucciones), sustituir a un Fiscal actuante por otro, resolver eventuales cuestiones de competencia entre Fiscales, modificar o anular los criterios de los órganos inferiores, etcétera”(16).

El Consejo Fiscal de España en una publicación denominada el “Libro Blanco del Ministerio Fiscal” ha definido con claridad lo que debe entenderse por este principio de jerarquía:

“El principio de dependencia jerárquica -que no sumisión- ha de jugar solo y únicamente dentro de la institución para garantizar la uniformidad y unidad del Ministerio Fiscal, con absoluto respeto a la legalidad e imparcialidad. Entendido de modo democrático y dinámico, constituye un complemento indispensable para el ejercicio de la misión constitucional, dado que, además, su ejercicio está sometido al principio de legalidad (...)”(17).

En el Perú, Pedro Angulo afirma:

“(...) la jerarquía es un modo de relacionar el poder y la función jerárquica, es el ejercicio de ese poder. Característica de la pirámide jerárquica es la existencia de un órgano en el que reside la jerarquía administrativa máxima y constituye el motor unificador de los órganos corporativizados: en el caso del Ministerio Público es el Fiscal de la Nación (...)”(18).

Desde mi punto de vista, bajo este principio de jerarquía, el Fiscal peruano(19) no puede resistirse ni dejar de cumplir las disposiciones de los Fiscales de mayor jerarquía; estos representan en su momento la voz oficial del Ministerio Público, expresan el dictamen y la opinión que cuenta.

El principio de jerarquía viene así a cimentar la prevalencia de la actuación de los Fiscales de mayor jerarquía, lo que significa que si en un proceso penal existen diferencias de criterios en los dictámenes de los Fiscales, debe prevalecer el dictamen u opinión del Fiscal de mayor jerarquía.

VI.EL PRINCIPIO ACUSATORIO

El principio acusatorio establece la repartición de tareas en el proceso penal: el juzgamiento recae en el Juez Penal y la acusación en el Ministerio Público; es por ello que no puede haber juicio sin acusación.

Concretiza el viejo aforismo latino “*nemo iudex sine accusatore*”: no existe proceso sin acusación.

El tratadista Antonio González Navarro incide en la necesidad de separar las funciones de instrucción con las de la decisión o juzgamiento. Explica:

“La exigencia de la previa existencia de la acción debe diferenciarse de las funciones instructoras y decisoras. Esto implica la vigencia del aforismo *nemo iudex sine accusatore*, por lo que no existe proceso sin la existencia de un acusador. Así ‘la acción no solo determina el nacimiento y desarrollo del proceso penal, sino que conformará los elementos a los que deberá circunscribirse el pronunciamiento judicial’”(20).

En el Perú, Pablo Sánchez Velarde destaca que es irrecurrible la decisión del Ministerio Público cuando resuelve el archivo de un asunto. Ha escrito:

“Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del Fiscal Superior respecto del no ha lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciará en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte la resolución de archivo. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, pues la decisión del Ministerio Público, titular de la acción penal, ha sido la de terminar con la persecución del delito, consecuentemente, no cabe disposición expresa en sentido contrario por otra autoridad”(21).

Por su parte, César San Martín Castro es concluyente negativamente respecto a la posibilidad de continuar un proceso penal cuando el Ministerio Público no sostiene la acción penal. También discrepa de la posibilidad de ampliar la instrucción cuando el Fiscal no acusa. Refiere:

“En atención a que el control de la legalidad sobre el dictamen fiscal tiene su límite en el principio acusatorio (...) únicamente es posible revocar el auto de sobreseimiento y disponer que el fiscal formule acusación, si es que el Fiscal que interviene en la absolución del grado discrepa del dictamen en referencia; de no hacerlo, se debe sobreseer la causa sin más, dada la base persecutoria constitucionalmente impuesta al proceso penal.

Uniforme jurisprudencia ha puntualizado que el órgano jurisdiccional también está facultado para disponer la ampliación de la instrucción si entiende que la investigación está incompleta, sin embargo, es de discrepar tajantemente contra esta facultad toda vez que no se condice con la naturaleza persecutoria del proceso penal y confunde el verdadero rol del órgano jurisdiccional al vincularlo con el material probatorio bajo un supuesto ‘deber de esclarecimiento’ que nuestra Ley Fundamental no le atribuye”(22).

La **Corte Suprema de Justicia de la República** también ha reconocido el principio acusatorio en múltiples resoluciones, por ejemplo, en el Recurso de Nulidad N° 278-2006-Cusco, ha establecido:

“Que, en tal virtud, en armonía con el principio acusatorio contemplado en el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Estado, corresponde exclusivamente al Ministerio Público la facultad de promover la acción penal, lo que significa que frente a la inexistencia de tal impulso el proceso debe llegar a su fin (...)” (23).

En otra Ejecutoria, vinculada al Recurso de Queja N° 1678-2006-Lima, se dice:

“Que, en cuanto al principio acusatorio, es evidente -según doctrina procesalista consolidada- que se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal (...); que, entre las notas esenciales de dicho principio, en lo que es relevante al presente caso, se encuentra, en primer lugar, que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal -que a su vez debe relacionarse, aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción, que sencillamente aprueba la promoción de la acción penal ejercitada por el Fiscal-, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos; y, en segundo lugar, que la función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación; que esto último significa, de acuerdo al aforismo *nemo iudex sine accusatore*, que si el Fiscal no formula acusación, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al Fiscal que acuse y, menos, asumir un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que discurrirá la selección de los hechos, que solo compete a la Fiscalía: el presupuesto del juicio jurisdiccional es la imputación del Fiscal; que, por tanto, si el órgano judicial está conforme con el dictamen no acusatorio del Fiscal Provincial y, por ello, no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación, y si a continuación, con motivo del recurso de apelación de la parte civil, el Fiscal Superior igualmente emite un dictamen no acusatorio, ratificando el parecer del Fiscal Provincial -es de recordar al respecto que el Ministerio Público, a nivel institucional, está regido por el principio de unidad en la función y dependencia jerárquica, de suerte que, en

estos casos, prima el parecer del Superior Jerárquico y si este coincide con lo decidido por el Fiscal inferior concreta y consolida la posición no inculpativa del Ministerio Público- no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de Alzada dicte una resolución de imputación (...)”(24).

Y en el Recurso de Nulidad N° 1874-2006-Callao, la Corte Suprema establece:

“Que, de acuerdo a la característica esencial del principio acusatorio, la falta de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria, máxime si el Fiscal tuvo la opción, en vez de acusar, de solicitar la ampliación de la instrucción; que, siendo así, en caso el Fiscal decida no acusar y dicha resolución sea ratificada por el Fiscal Supremo (en el proceso ordinario) o por el Fiscal Superior (para el proceso sumario), al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin [sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente número dos mil cinco - dos mil seis PHC/TC], siempre y cuando -como lo tiene establecido este Supremo Tribunal- no se vulnere el derecho prueba de la parte civil o el principio de motivación (...). Que, en ese orden de ideas, este Supremo Colegiado no puede sino confirmar la resolución de primera instancia al haber prestado su conformidad el titular de la acción penal (...)”(25).

El **Tribunal Constitucional**, máximo intérprete de la Constitución, ha sentado clarísima posición sobre el principio acusatorio y sus efectos en el proceso penal. Así, reconoce la constitucionalidad de este principio en el caso Ricardo Ernesto Gómez Casafranca (STC Exp. N° 1939-2004-HC) y en el caso Jacinta Margarita Toledo Manrique (STC Exp. N° 3390- 2005-PHC/TC)(26).

Pero es en el caso Manuel Enrique Umbert Sandoval (STC Exp. N° 2005-2006-HC/TC) donde el Tribunal Constitucional desarrolla el contenido esencial del principio acusatorio:

“(...) La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: ‘a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen

su imparcialidad (...)’”(27).

“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, a falta de esta, el proceso debe llegar a su fin. De modo análogo, aunque no se trata de un supuesto de decisión de no haber mérito para acusar sino de no haber mérito a denunciar, puede citarse lo señalado en la sentencia recaída en el expediente de inconstitucionalidad N° 0023-2003-AI/TC, en la que este Tribunal declaró inconstitucional la disposición del entonces vigente Código de Justicia Militar, que admitía la posibilidad de que si los Fiscales no ejercen la acción penal, el Juez instructor podría abrir proceso”(28).

“(…) En caso el fiscal decida no acusar, y dicha resolución sea ratificada por el fiscal supremo (en el caso del proceso ordinario) o por el fiscal superior (para el caso del proceso sumario), al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin”(29).

“En el presente caso, una vez concedida la apelación contra el auto que decretó el sobreseimiento, la Primera Sala para Reos Libres de la Corte Superior de Lima declaró la nulidad del sobreseimiento y la ampliación de la instrucción, por considerar que la investigación realizada no permite determinar la delictuosidad del hecho. Este colegiado considera que ello vulnera igualmente el principio acusatorio, ya que si bien el órgano jurisdiccional no está asumiendo, en estricto, el papel de acusador, ni se está obligando al titular de la acción penal a dictaminar en determinado sentido, el titular de la acción penal en su grado máximo según la vía procedimental correspondiente, ya ha tomado una decisión que impide la imposición de una condena”(30).

Posteriormente, y durante los últimos años, el Tribunal Constitucional ha reiterado estos conceptos de su doctrina constitucional en muchos casos, como el caso Javier Lozano Ocampo(31), el caso Ricardo Isidro Flores Dioses(32), el caso Wilson Cercado Palacios(33), el caso Federico Roncal Gaitán(34), el caso José Edgar Rever Delgado(35) y el caso Marcos Alessandro Giunta Revoredo(36).

Queda claro, entonces, a la luz de la doctrina nacional e internacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema y de nuestro máximo intérprete constitucional, que si el Ministerio Público en cualquiera de sus instancias decide no incoar la acción penal o no acusar, el

proceso penal debe concluir como lo ordena el Tribunal Constitucional (salvo en caso de consulta al Fiscal Superior cuando proceda).

En otras palabras, aunque quien apele sea el Fiscal Provincial y quien dictamine sea el Fiscal Superior, y cada cual lo haga con plena autonomía, dentro del proceso, el Ministerio Público sigue siendo único, *el mismo titular de la acción penal pública y de la carga de la prueba*. Y si el Fiscal Superior, al revisar el asunto, concluye que el Fiscal Provincial no tiene la razón, y que el auto de no ha lugar del Juez resulta fundado, entonces, la incidencia debe concluir. La Sala debe pronunciarse de conformidad con lo precisado por el Fiscal Superior.

VII. OTRA SOLUCIÓN: EL DESISTIMIENTO DE LA IMPUGNACIÓN FISCAL

Existe otra solución procesal para el tema planteado, que es dar por desistido de la impugnación al Ministerio Público, considerando que es una parte en el proceso penal y su representante en instancia superior, el Fiscal Superior, dictamina en el sentido de estar de acuerdo con el auto judicial que denegó abrir instrucción, lo que puede interpretarse como que se está desistiendo de su impugnación.

Esta es la solución que, conforme al nuevo Código Procesal Penal, ha practicado la Sala de Apelaciones de Piura en su Res. N° 8 del 22 de octubre de 2009 (Exp. N° 00911-2009-4-2001-SP-PE-01, fundamento primero):

“(…) a juicio del Fiscal Superior interviniente en la audiencia de la fecha, la resolución apelada se encuentra arreglada a ley, lo cual es interpretado por este Colegiado como desistimiento de la apelación interpuesta por el Fiscal Provincial en aplicación de lo dispuesto por el artículo 406.1 del Código Procesal Penal, según el cual quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistirse antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando sus fundamentos”.

Es cierto, si el Fiscal Superior está de acuerdo en que no debe abrirse proceso, en la práctica, se produce un desistimiento de la impugnación, porque es la misma parte procesal la que se pronuncia en contra del ejercicio de la acción penal.

Esta solución también se puede aplicar en Lima, ya que el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 06079-2008-PHC/TC, caso Humberto Abanto Verástegui (del 6 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 8), ha expresado: “Si bien el nuevo Código Procesal Penal

no se encuentra vigente en el Distrito Judicial de Lima, ello no impide que sea tomado en cuenta al momento de evaluar la arbitrariedad de la investigación preliminar iniciada contra el demandante, pues su **función de parámetro** de razonabilidad es pertinente”.

Pero también es una solución que se puede dar con el actual Código de Procedimientos Penales en Lima y Callao, aplicando también el Código Procesal Civil. Así lo ha resuelto, por ejemplo la Sala Penal de Ventanilla (Callao) en su resolución del 30 de enero de 2012:

“1.3. El Ministerio Público, mientras apela, mantiene su condición unitaria de parte, pese a su distinta representación en cada instancia (Fiscal Provincial, Fiscal Superior o Fiscal Supremo).

1.4 Si la misma parte que apeló una resolución solicita luego que dicha resolución sea confirmada, entonces, sustrae su inicial pretensión impugnatoria del ámbito jurisdiccional (Código Procesal Civil, artículo 321 numeral 1 y artículo 366 in fine), generando la improcedencia de su impugnación (Código Procesal Civil: artículo 359 y artículo 427 primer párrafo, numeral 6).

1.5. La improcedencia de la apelación implica la firmeza del auto de no ha lugar a abrir instrucción de fojas 712 a 719 con el consecuente archivo de expediente(37)”.

VIII. ¿PUEDE UNA SALA PENAL DISPONER EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN CONTRA DE LA OPINIÓN DEL FISCAL SUPERIOR?

En nuestra opinión, la Sala Penal no puede adoptar otra decisión que no sea la de archivar o poner fin a la incidencia cuando el Fiscal Superior dictamina en contra del ejercicio de la acción penal.

Esta opinión se basa en la configuración autonómica del Ministerio Público y en la independencia en el ejercicio de sus funciones. Concorre a ello el principio de unidad y jerarquía del Ministerio Público, todo lo cual ha sido reconocido por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

El Ministerio Público no solo es el titular del ejercicio de la acción penal, sino, sobre todo, posee la exclusividad de esta facultad.

El Ministerio Público, aunque actúe en diferentes instancias, en función del principio de unidad, es uno e indivisible, no tiene intereses contrapuestos. Asimismo, en función del principio de jerarquía, el órgano inferior debe acatar lo decidido por el superior.

El representante del Ministerio Público, cuando impugna, mantiene su condición unitaria de parte, pese a estar representado en forma diferente, según la instancia, por un Fiscal Provincial, un Fiscal Superior o un Fiscal Supremo.

En otras palabras, y como se anotó, aunque quien apele sea el Fiscal Provincial y quien dictamine sea el Fiscal Superior, y cada cual lo haga con plena autonomía, dentro del proceso penal, el Ministerio Público sigue siendo *único, el mismo titular* de la acción penal pública y de la carga de la prueba. Y si este Fiscal Superior, al revisar el asunto, concluye que el Fiscal Provincial no tuvo la razón y que el auto de no ha lugar del Juez resulta fundado, entonces, la incidencia debe concluir, debiendo la Sala pronunciarse de conformidad con la opinión del Fiscal Superior.

El Fiscal Superior cuando conoce un caso funcionalmente, por ejemplo, en el caso concreto, un incidente de apelación del auto de no ha lugar, representa al Ministerio Público; su opinión es autorizada y vincula a los Fiscales inferiores y por supuesto, bajo el principio de legalidad, tiene el poder de confirmar o no el ejercicio de la acción penal incoado por el Fiscal Provincial.

La Queja N° 1678-2006-Lima, que tiene el carácter de precedente vinculante, nos da la razón, ya que señala textualmente (tercer considerando):

“(…) es de recordar al respecto que el Ministerio Público, a nivel institucional, está regido por el principio de unidad en la función y dependencia jerárquica, de suerte que, en estos casos, prima el parecer del Superior Jerárquico y si este coincide con lo decidido por el Fiscal inferior concreta y consolida la posición no inculpativa del Ministerio Público”.

En un caso análogo (STC Exp. N° 05386-2007-PHC/TC), el Tribunal Constitucional resolvió:

“En el presente caso, una vez concedido el recurso de nulidad contra el auto que decretó el sobreseimiento, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró la nulidad del sobreseimiento y mandó a ampliar la

instrucción, para que se practique las diligencias necesarias a efectos de la instrucción de la investigación ya que considera que la investigación realizada no permite determinar la delictuosidad del hecho. Este colegiado considera que ello vulnera el principio acusatorio, ya que si bien el órgano jurisdiccional no está asumiendo, en estricto, el papel de acusador, ni se está obligando al titular de la acción penal a dictaminar en determinado sentido, el titular de la acción penal en su grado máximo, según la vía procedimental correspondiente, ya ha tomado una decisión que impide la imposición de una condena (...). Finalmente, es de precisarse que, en tanto el sobreseimiento dictado de conformidad al dictamen fiscal que se pronunciaba en el sentido de no haber mérito para acusar constituye una resolución irrecurrible, la concesión del recurso de nulidad contra dicho auto y su posterior anulación por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República constituye una vulneración a la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos, dejando sin efecto una resolución que constituye cosa juzgada, vulnerando así lo establecido en el artículo 139, incisos 2 y 13, de la Constitución, según el cual no es posible ‘(...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada’ (38).

Es cierto que esta solución tiene resistencia en los resabios de la cultura judicial inquisitorial, pero ocurrirá lo mismo que ha sucedido en los casos de sobreseimiento, en los que el Tribunal Constitucional ha dispuesto que si el Juez dicta el sobreseimiento y el Fiscal superior dictamina en el mismo sentido, la Sala Penal no tiene otra alternativa que confirmar dicha decisión.

IX. LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO AUTORIZA RECURRIR A UN PROCESO CONSTITUCIONAL

El Poder Judicial no podría llevar adelante el ejercicio de la acción penal (abrir proceso) sin la autorización fiscal, lo contrario implicaría varias afectaciones: al debido proceso y al principio acusatorio en relación al justiciable, y al principio institucional de la división de poderes en la organización del Estado, en la cual el Ministerio Público es un organismo constitucional autónomo, independiente respecto del Poder Judicial y de los otros poderes.

Estas afectaciones abren las puertas del ejercicio de las garantías constitucionales: el proceso constitucional de hábeas corpus por parte del afectado, si existe amenaza a su libertad individual y, si no existe, el proceso constitucional de amparo; y la contienda

de competencia por parte del Ministerio Público.

X. CONCLUSIONES

1. El Ministerio Público se encuentra jerárquicamente organizado y ejerce sus funciones constitucionales bajo los principios de autonomía, unidad y jerarquía. Es independiente de todo poder, autoridad o persona, los que no pueden interferir en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, está representado indistintamente por los Fiscales de todos los niveles, pudiendo los Fiscales de mayor jerarquía controlar y revirar las decisiones de los Fiscales inferiores.

2. Por el principio constitucional acusatorio, si el Fiscal Superior dictamina opinando que debe confirmarse el auto de no haber lugar del Juez Penal, se produce una decisión superior del Ministerio Público vinculante para el Poder Judicial, porque el ejercicio de la acción penal es constitucionalmente exclusivo del Ministerio Público.

3. En consecuencia, la Sala Penal no puede disponer el ejercicio de la acción penal en contra de la opinión del Fiscal Superior. Se debe poner fin al incidente, confirmando el auto (o dando por desistida la impugnación) y archivando el asunto.

4. Si la Sala Penal ordena abrir proceso penal en contra del dictamen del Fiscal Superior, existe el remedio constitucional a través de los procesos constitucionales de hábeas corpus y de amparo. También procede el proceso constitucional de contienda de competencia en defensa de las funciones del Ministerio Público.

NOTAS:

(*) Ex Fiscal Superior Coordinador de la Fiscalía Especializada en Criminalidad Organizada.

(1) GRANADOS, Francisco. El Ministerio Fiscal (Del presente al futuro). Tecnos, Madrid, 1989, p. 76.

(2) MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal. Propuestas. Monografía, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 127-133.

(3) FLORES POLO, Pedro. Ministerio Público y Defensor del Pueblo. Cultural Cuzco, Lima,

1984, p. 71.

(4)MIXÁN MASS, Florencio. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1984, p. 222.

(5)ANGULO ARANA, Pedro. El Ministerio Público, orígenes, principios, misiones, funciones y facultades. Tarea Gráfica Educativa, Lima, 2001; PELÁEZ BARDALES, José Antonio. El Ministerio Público. Historia, balance y perspectivas (Apuntes para una reforma). Grijley, Lima, 2003, p. 51.

(6)PELÁEZ BARDALES, José Antonio. Ob. cit., pp. 51-53.

(7)STC Exp. N° 0004-2006-PI/TC, del 29 de marzo de 2006, caso Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley N° 28665, Ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial (fundamento jurídico 101).

(8)STC Exp. N° 06204-2006-PHC/TC, del 9 de agosto de 2006, caso Jorge Samuel Chávez Sibina (fundamento jurídico 13).

(9)SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, p. 313.

(10)GIMENO SENDRA, Vicente / MORENO CATENA, Víctor / CORTEZ DOMÍNGUEZ, Valentín. Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Colex, Madrid, 1999, p. 110.

(11)CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. El Ministerio Fiscal. Colección Divulgación Jurídica, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 78-81 y 97-99.

(12)GRANADOS, Francisco. Ob. cit., pp. 295-296.

(13)MINISTERIO DE JUSTICIA ESPAÑOL. Libro Blanco del Ministerio Fiscal. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia de España, 1996, pp. 30-31.

(14)FLORES POLO, Pedro. Ob. cit., pp. 37-38.

- (15) JIMÉNEZ ASENJO, Enrique citado por BRAMONT ARIAS, Luis. El Ministerio Público. SP Editores, Lima, 1984, p. 104.
- (16) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. Ob. cit., pp. 82-84.
- (17) MINISTERIO DE JUSTICIA ESPAÑOL. Ob. cit., pp. 33-37.
- (18) ANGULO ARANA, Pedro. Ob. cit., p. 132.
- (19) El Fiscal español, en cambio, tiene la “objeción de conciencia” para resistir un mandato superior, en cuyo caso se envía el caso a otro Fiscal.
- (20) GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio. Sistema de juzgamiento penal acusatorio. Leyer, Bogotá, 2005, p. 19.
- (21) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Idemsa, Lima, 2004, p. 550.
- (22) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 620.
- (23) R.N. N° 278-2006-Cusco, del 4 de diciembre de 2006, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente (recurso de nulidad interpuesto por la parte civil, representada por los agraviados Gabino Yucra Mendoza y Clara Ccanahuire de Yucra).
- (24) Queja N° 1678-2006-Lima, del 13 de abril de 2007, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente.
- (25) R.N. N° 1874-2006-Callao, del 7 de noviembre de 2006, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente (recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de Tráfico Ilícito de Drogas del Ministerio del Interior).
- (26) STC Exp. N° 3390-2005-PHC/TC, del 6 de agosto de 2005, caso Jacinta Margarita Toledo Manrique (fundamento jurídico 17).
- (27) STC Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, del 13 de marzo de 2006, caso Manuel Enrique Umbert Sandoval (fundamento jurídico 5).

(28)STC Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, del 13 de marzo de 2006, caso Manuel Enrique Umbert Sandoval (fundamento jurídico 6).

(29)STC Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, del 13 de marzo de 2006, caso Manuel Enrique Umbert Sandoval (fundamento jurídico 7).

(30)STC Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, del 13 de marzo de 2006, caso Manuel Enrique Umbert Sandoval (fundamento jurídico 9).

(31)STC Exp. N° 00478-2008-PHC/TC, del 16 de junio de 2010, caso Javier Lozano Ocampo y otros (fundamentos jurídicos 2 y 3).

(32)STC Exp. N° 03031-2010-PHC/TC, del 21 de setiembre de 2010, caso Ricardo Isidro Flores Dioses (fundamentos jurídicos 8 y 9).

(33)STC Exp. N° 00506-2008-PHC/TC, del 2 de febrero de 2009, caso Wilson Cercado Palacios, voto singular de los magistrados Mesías Ramírez y Eto Cruz (fundamentos jurídicos 3 al 7).

(34)STC Exp. N° 01323-2008-PHC/TC, del 4 de febrero de 2009, caso Federico Roncal Gaitán (fundamentos jurídicos 3 y 4).

(35)STC Exp. N° 05386-2007-PHC/TC, del 22 de abril de 2009, caso José Edgar Rever Delgado (fundamentos jurídicos 3, 4, 5, 6 y 8).

(36)STC Exp. N° 01409-2011-PHC/TC, del 22 de agosto de 2011, caso Marcos Alessandro Giunta Revoredo (fundamentos jurídicos 4 y 5).

(37)Auto final de vista del 30 de enero de 2012, Registro N° 00235-2011-0-0701-SP-PE-03 (apelación en el caso de Roberto David Julca Sánchez, fundamento tercero).

(38)STC Exp. N° 05386-2007-PHC/TC, del 22 de abril de 2009, caso José Edgar Rever Delgado (fundamentos jurídicos 3, 4, 5, 6 y 8).