

LA DISCRECIONALIDAD Y RETRACTABILIDAD, COMO PRERROGATIVA DEL FISCAL, EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL

J. María Elena Guerra Cerrón¹
Fiscal Superior

“Ahora bien, los principios de oficialidad y de legalidad no pueden ser exagerados hasta el punto de que el MF esté obligado a interponer siempre la acción penal ante la comisión de cualquier hecho punible, ni de que, una vez instaurado el proceso penal, no pueda en ningún caso desistir de la pretensión impuesta.”²

Vicente Gimeno Sendra

Una de las siete atribuciones básicas reconocidas constitucionalmente al Ministerio Público en el artículo 159° numeral 5) es la de “Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”, lo que se complementa con lo previsto en el artículo 1 de la Ley Orgánica que, entre otros, dispone que es función del Ministerio Público la persecución del delito y la reparación civil, lo que en el Código Procesal Penal se recoge en el artículo IV del Título Preliminar 1) como la titularidad de la acción penal y el deber de la carga de la prueba.

No deberá confundirse la acción penal con el “derecho de acción” o “derecho de acceso a la Justicia” que es un derecho abstracto con status de fundamental, por el cual toda persona física o jurídica, aún sin razón o con una hipótesis equivocada respecto a que le asiste el Derecho³, puede acudir al Órgano Jurisdiccional en busca de tutela, la misma que

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, Estudios de Maestría en Derecho-Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, miembro de ADEPRO y profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima.

² GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Editorial COLEX, 1º edición noviembre 2004, 1º reimpresión-setiembre 2005, Madrid, 2005, p.188.

³ “...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, es decir que tramite un proceso civil, por ejemplo, y se pronuncie dentro de él sobre nuestros conflictos de intereses, inclusiva sin considerar si éstos existen o sólo son declaraciones, desprovistas de realidad pero posibles, contenidas en los escritos judiciales respectivos.”, MONROY GALVEZ, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, tomo I, TEMIS, Bogotá, Colombia, 1996, p.228.

será efectiva en la medida que haya un debido proceso, lo que conocemos como tutela jurisdiccional efectiva. La acción penal del Ministerio Público, si bien tiene implícito el derecho de acción, que en específico es la facultad de acusar, porque pone en marcha el órgano jurisdiccional para el enjuiciamiento y determinación de penas a los que delinquen, no produce el efecto de la tutela jurisdiccional efectiva. No es un derecho del Ministerio Público que se condene al acusado, ya que la acusación no es como la pretensión civil en la que existe una relación material entre acusador y acusado, en todo caso el que es titular del derecho material es el Estado mismo, por ser el que tiene el derecho a penar, pero como no puede hacerlo sin un juicio previo, atribuye la acción penal al Ministerio Público.

La acción penal del Ministerio Público, por su especial función, más que un derecho es una obligación, perteneciendo a la categoría del “derecho-deber” de defender a la sociedad, al interés público, a la víctima y al principio de legalidad⁴, así como también los derechos del imputado. Igualmente, para el magistrado César San Martín, la acción penal no es un derecho sino que “ se erige en un deber cuando ésta es legalmente procedente: tipicidad de hecho y causa probable..”⁵, La titularidad de la acción penal pública, que es un principio, tiene una doble finalidad: de un lado, prohibir las inactividades arbitrarias de los mismos representantes del Ministerio Público; y de otro- y quizás la más relevante- ofrecerles una especie de <<escudo>>contra eventuales presiones externas (institucionales o no), dirigidas a sugerir o imponer no actuar incluso en casos que de otro modo podrían sonar como fruto de la voluntad perseguidora del Fiscal.”⁶

Encontramos que es inapropiado sostener que este derecho-deber del Ministerio Público, fundado en la oficialidad, constituye un “monopolio estatal en el ejercicio de la acción penal”, ya que el término “monopolio” (del griego *monos* -uno-, *polein* -vender) pertenece al ámbito de la economía y lo hay cuando en el mercado o industria sólo existe un productor de un bien determinado sin que se admita competencia, si se trata que además es un solo vendedor estamos ante el concepto de monopolio puro. Por otro lado, si se quiere utilizar “monopolio” como un recurso para cuestionar la titularidad de la acción penal, tampoco ello es consistente, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la acción penal no sólo la ejerce el Ministerio Público sino que también hay supuestos en que es privada.

⁴ GIMENO SENDRA, Op.cit., p. 168.

⁵ SAN MARTIN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, volumen I, Editora Jurídica GRIJLEY, segunda edición, Lima, octubre 2003, p.315.

La base del cuestionamiento a la oficialidad de la titularidad de la acción penal, ha sido por considerarse que hay una suerte de exclusión de la participación activa en el proceso de la víctima o agraviada o perjudicada con el delito, quien es precisamente la que ha sufrido la lesión al bien jurídico protegido, y quien solamente puede actuar en relación de las medidas patrimoniales. Se alega que si bien se parte de que al defender a la sociedad se está defendiendo a la víctima, ello no necesariamente es así porque no es posible determinar si los intereses de la víctima y la sociedad son coincidentes, siendo la tendencia actual de darle mayor protagonismo a la víctima, en el enfoque integral de lo que se denominado la humanización del Derecho penal. En el nuevo modelo procesal penal ya tenemos un avance en lo que a participación de la víctima, se refiere, por cuanto su intervención no se limita a alcanzar una reparación civil. sino que le reconocen una serie de derechos y también deberes. En el Título Preliminar, artículo IX numeral 3) se señala que se garantiza el derecho de información y de participación procesal de la parte agraviada, en el artículo 95° se establecen sus derechos y en el artículo 96° sus deberes.

El principio de la titularidad de la acción penal está relacionado a su vez con otros principios como el de legalidad, de obligatoriedad y de irrevocabilidad, que suponen la instauración de un órgano del Estado que, respetando el principio de legalidad, con objetividad, imparcialidad, unidad y dependencia jerárquica, tenga la obligación de imponer la acción penal ante la comisión de un delito público.⁷

En el contexto del Código Procesal Penal, encontramos que el principio de obligatoriedad y de irrevocabilidad, que son reglas clásicas, han sido flexibilizados por cuanto al Fiscal se le reconoce expresamente una serie de nuevas atribuciones-deberes⁸ que, en nuestro criterio, pueden identificarse, en general, como “gestor del conflicto penal” a través de los acuerdos reparatorios o en la terminación anticipada, retractabilidad, discrecionalidad y lo más relevante “defensor de los derechos individuales del imputado” que antes era considerado como antagónico a la función persecutoria. Es precisamente sobre la relatividad de algunos principios que tradicionalmente eran considerados absolutos e inmutables, que trata este trabajo.

⁶ CHIAVARIO, Mario, “El Ministerio Público en Italia como responsable de la investigación preliminar” traducida por Pablo Morenilla Allard, en “El Ministerio Fiscal Director de la Instrucción”, Ministerio de Justicia, GIMENO SENDRA, Vicente IUSTEL, Madrid, 2006, p.108.

⁷ GIMENO SENDRA, Op.cit., p.188.

⁸ Creemos que es destacable que en el nuevo Código Procesal Penal se señalan expresamente atribuciones y la discrecionalidad fiscal que antes como no “estaba en la ley”, no permitía el accionar del Fiscal como correspondía, ya sea porque se podría dudar de su imparcialidad, por el falso concepto que como acusador no podía defender los derechos del imputado o simplemente para no ser denunciado por prevaricato.

1. Principio de Legalidad “Lex certa”

Este principio 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 asimismo una función de garantía de 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.”⁹

En un Estado Social y Constitucional de Derecho¹⁰ es inadmisibles invocar la simple “legalidad” (boca de la ley) como si fuera cosa distinta al Principio de Legalidad, que es una pauta orientadora en el marco integral constitucional donde se consagra la protección a los derechos fundamentales y los constitucionales. 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.”¹¹

En lo que se refiere al Ministerio Público, como defensor de la Legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal, el Tribunal Constitucional ha señalado que el ejercicio de la acción penal sólo 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

⁹ 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, p.15.

¹⁰ “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/ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *El Proceso Penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, tomo I, quinta edición, Universidad externado de Colombia, Colombia, agosto 2004, p. 25.

¹¹ Fragmento de la Sentencia T-406 de 1992, M. P.; Ciro Angarita Barón por BERNAL CUELLAR/ MONTEALEGRE LYNETT, Op.cit.,p.26.

¹¹ Sentencia Tribunal Constitucional, Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC-Lima ,28-02-2006.

la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley¹². Ello es coherente con lo previsto en el capítulo IV. 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece que 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.”¹³ y con lo prescrito en el artículo 61° numeral 1) del mismo cuerpo legal en el sentido que “ 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.”, normas que si bien no están vigentes en todos los Distritos Judiciales, sirven ya de orientación en la actuación fiscal, toda vez que son postulados derivados de la Constitución Política, máxime si en el artículo 10° de nuestra Ley Orgánica impone el deber de asegurar el derecho de defensa y de los demás derechos que la Constitución Política y leyes reconocen al imputado.

“ Aunque la misión esencial del MF consiste en erigirse como el más acérrimo defensor del principio de legalidad no puede descuidar las otras dos funciones que también consagra la norma constitucional, cuales son la tutela de los derechos ciudadanos y del interés público, los cuales autorizan, en ocasiones, a determinadas restricciones del principio de legalidad en beneficio de su principio antitético, cual es, el de oportunidad, que legitima al MF, bajo el cumplimiento de determinadas circunstancias previstas en la Ley, a no ejercitar la acción penal, no obstante la comisión de un delito, o a solicitar su archivo, aunque la instrucción haya determinado dicha existencia y responsabilidad de un determinado autor.”¹⁴, además que el Ministerio Público también debe velar por la recta administración de justicia, lo que complementa su función de garante de los derechos fundamentales.

2. Principio de obligatoriedad de la acción penal.

Relacionada con el principio de titularidad de la acción penal, si 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.

¹² Sentencia Tribunal Constitucional, Expediente N.° 6167-2005-PHC/TC-Lima ,28-02-2006.

¹³ El subrayado es nuestro.

¹⁴ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Op.cit., p.188.

3. Principio de oportunidad

Calificado como una importante excepción al principio de obligatoriedad, porque incide en el ejercicio de la acción penal del Estado, permitiendo que en algunos casos haya abstención del mismo. El Fiscal Superior 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, si no 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.”¹⁵ 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. “¹⁶, incluso tales comportamientos tendrían que eliminarse definitivamente, de aún existir, ya que no guardan relación con la exigencia del nuevo rol Fiscal en el proceso penal peruano.

Con la facultad de abstención del ejercicio de la acción penal, regulada en el artículo 2° del Código Procesal Penal, los “aparatos de administración de justicia penal aseguran de esta manera que el principio de oportunidad le dé solución alternativa y justa a casos que conforme a la legalidad estricta implicarían una severidad innecesaria, con consecuencias negativas para el orden jurisdiccional como para el propio inculpado.”¹⁷

4. El Sobreseimiento

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

¹⁵ ANGULO ARANA, Pedro Miguel, *El Principio de oportunidad en el Perú*, Palestra editores, Lima, setiembre, 2004, pp. 68,69.

¹⁶ Ibid., p.129.

¹⁷ BERNAL CUELLAR / MONTEALEGRE LYNETT, Op.cit.,p.187.

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. Aquí se verifica si hay fundamento suficiente para acusar y si no lo hay se deberá requerir el sobreseimiento de la causa. Los supuestos de sobreseimiento están previstos en el artículo 344° del Código Procesal Penal, sin embargo se puede llegar al mismo también por caducidad del plazo previsto para la investigación preparatoria. Resulta que, aún cuando no se haya concluido la investigación, el Fiscal bajo responsabilidad deberá solicitar el sobreseimiento o proceder a la acusación respectiva (artículo 343°), lo que en nuestro criterio no es conveniente porque surge la idea de impunidad o de investigación deficiente en el caso del sobreseimiento y de arbitrariedad en el caso de acusación, por lo tanto el Fiscal deberá tener una estrategia y organizarse de tal forma que alcance sus objetivos para que haya certeza en la decisión que tome.

El requerimiento, si bien está previsto en la etapa intermedia, consideramos que debería proceder incluso luego de la acusación, sin esperar el alegato final, en los casos que realmente el aseguramiento de los derechos fundamentales así lo exija, aunque como no lo señala expresamente la norma procesal penal, sin duda que se interpretará que esta posibilidad está proscrita.

5. Principio de irrevocabilidad.

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 la acción penal el Ministerio Público no se puede desistir, suspender, interrumpir o abandonar.

En el modelo acusatorio cobra especial importancia que en la fase preparatoria el Ministerio Público conduzca la investigación de tal forma que cuente con elementos probatorios suficientes para fundar una acusación y tenga una “cuasi certeza” que se va a obtener una sentencia condenatoria. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido que, respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal, la doctrina ha señalado lo siguiente: “... no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo 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”. [9]¹⁸ 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.”¹⁹ , posición constitucional que rechaza la arbitrariedad y constituye, a nuestro entender, un equilibrio entre la obligatoriedad, irrevocabilidad y discrecionalidad en el ejercicio de la función Fiscal.

La doctrina de los actos propios (*principio del venire contra factum proprium non valet*) sustentaría también este principio de irrevocabilidad, la que a su vez se relaciona con el principio de “Unidad del Ministerio Público”, sosteniéndose 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. En primer lugar consideramos que la Unidad del Ministerio Público no colisiona ni afecta con el derecho de independencia de la actuación Fiscal, ya que si un Fiscal con independencia de criterio ejercita sus atribuciones, éstas no tienen porque vincular a otro Fiscal si es que se advierte que existe algo por corregir, lo cual evidentemente deberá ser motivado y fundamentado. 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 cuasi certeza de responsabilidad del imputado se desvanece, éste no sólo se encuentra facultado sino que tiene el deber de retractarse.

6. Discrecionalidad y retractabilidad

Si a la titularidad de la acción penal pública, entre otros, subyace como regla general, el principio de irrevocabilidad, a la acción penal privada es la disponibilidad del agraviado, lo que también supone su retractabilidad, por la que puede suspender su acción , desistirse y renunciar a la misma aún después de haberse iniciado el proceso.

Hablar de la retractabilidad del Ministerio Público no es nada pacífico, pero entendemos que ésta es una nueva perspectiva en el Código Procesal Penal, ya que como hemos citado en la introducción de este trabajo y lo reiteramos “los principios de oficialidad y de legalidad no pueden ser exagerados hasta el punto de que el MF esté obligado a interponer

¹⁸ Citado por el Tribunal Constitucional, SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. 1 , Editora Jurídica Grijley, 2° ed., Lima, 2003. p.470.

¹⁹ Sentencia Tribunal Constitucional, Expediente N.° 6167-2005-PHC/TC-Lima ,28-02-2006.

siempre la acción penal ante la comisión de cualquier hecho punible, ni de que, una vez instaurado el proceso penal, no pueda en ningún caso desistir de la pretensión impuesta.”²⁰

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 irrevocabilidad 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 estar convencido que tiene 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.

En este contexto, es oportuno referirse al poder discrecional del Fiscal, el que encontramos reconocido en el artículo 4º de la Ley Orgánica del Ministerio Público cuando se señala que los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, y que las desempeñan según su propio criterio y en la forma que estimen arreglada a los fines de su institución. El “criterio propio” y la “forma que estimen arreglada a ley” son, en nuestra opinión son aspectos que también contempla el Código Procesal Penal, en el que el verbo “considerar” es harto recurrido cuando se refiere a la actuación Fiscal, lo que lleva también al reconocimiento de la discrecionalidad Fiscal. La discrecionalidad la ejerce el Fiscal, como es gestor del conflicto penal y en cuanto defensor de los derechos fundamentales de todas las partes en el proceso incluyendo al imputado. En la etapa preparatoria, por ejemplo, “Una de las herramientas más útiles que el nuevo Código otorga al Fiscal para manejar adecuadamente su carga procesal y priorizar sus casos, es la facultad que le confiere el artículo 336º 4: El Fiscal si considera²¹ que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación.”²² En la etapa intermedia en el artículo 344º numeral 1) se establece que el Fiscal decidirá si formula

²⁰ GIMENO SENDRA, Op.cit., p.188.

²¹ El subrayado es nuestro.

acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa. Sobre el poder discrecional del Fiscal, 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.”²³. Y es que 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 ésta se mantenga o se retracte 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.”²⁴ La discrecionalidad Fiscal no se limita a la etapa preparatoria e intermedia, sino que existe durante todo el proceso y, es por ello que encontramos factible que el Fiscal pueda cambiar su apreciación respecto al imputado aún después de haber formulado acusación, sin embargo ello deberá tener un fundamento que evidencie y haga justa la razón de la retractabilidad. A diferencia de lo previsto en el artículo 274° del Código de Procedimientos Penales; texto que encontramos restrictivo a la actividad del Fiscal cuando considera que no hay certeza sobre la culpabilidad del imputado al momento de pronunciar su alegato final; en el artículo 387° numeral 4) del Código Procesal Penal basta que el Fiscal considere que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio para que retire la acusación, lo que está acorde con el modelo acusatorio y principalmente garantista.

Si además de la calidad de acusador del Ministerio Público, recordamos que éste también tiene por función la de defender a la familia, los derechos ciudadanos e interés social; la discrecionalidad, a partir de la realidad social y cultural, deberá servir para evaluar aquellos casos en los cuales una acusación lejos de llevar a mantener la paz y orden social, contribuirá a crear un conflicto social

²² TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Editora Jurídica Grijley, Lima 2004, p.37.

²³ Expediente N° 6167-2005-PHC/TC del 28-02-2006.

²⁴ BERNAL CUELLAR/ MONTEALEGRE LYNETT, Op.cit., p.187.

6.1 Insuficiencia probatoria y retiro de acusación fiscal

Cuando en una causa se advierta de manera manifiesta que no hay pruebas que justifiquen la reafirmación de la acusación en la etapa conclusiva del proceso, el Fiscal no podrá descartar la posibilidad de retirar la acusación, al tener la expectativa que sea el Juez quien proceda a la absolución.

Cuando inicialmente se acusa es porque en ese momento hay convicción, tan es así que en el artículo 349º del Código Procesal Penal numeral c) se exige, entre otros, como contenido de la acusación “ Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio”, ya que con los elementos probatorios se llega a conclusiones provisionales sobre la presunta responsabilidad, pero una vez que se obtienen las pruebas, esto es en el juicio actuando bajo los principios de inmediación y oralidad, es que se podrá hacer la valoración respectiva pudiendo recién arribar a conclusiones finales y definitivas. El magistrado Cubas Villanueva precisa que “ Los actos de prueba se diferencian de los actos de investigación, pues estos últimos tienen por misión introducir los hechos en el procedimiento y formar en el Juez el juicio de probabilidad suficiente para disponer la imputación y adoptar las medidas cautelares, así como para decidir la apertura del juicio oral. En tanto que los actos de prueba tienden a formar certeza o evidencia suficiente para lograr la convicción del tribunal sobre la preexistencia de los hechos y la participación del acusado. Los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la inmediación del tribunal y mediante el contradictorio.”²⁵ Por su parte el maestro Mixan Mass nos dice que “La inmediación entre el juzgador, las partes, defensores y “órganos de prueba durante el debate probatorio es fundamental. Propicia el conocimiento directo, en original (en su autenticidad) de la personalidad, experiencia, emotividad, temperamento, mayor o menor velocidad mental, conocimiento especializado o no, mendacidad o sinceridad, capacidad anémica, tipo de atención, etc. Ese cúmulo de información se irá reflejando y sintetizando en las neuronas tanto del juzgador como del fiscal y del defensor.”²⁶

Hay que desterrar como paradigma que “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

²⁵ CUBAS VILLANUEVA. Víctor, *El proceso penal, La Prueba*, Palestra, Lima, 2003, p.327.

²⁶ MIXAN MÁSS. Florencio, *Cuestiones epistemológicas de la investigación y de la prueba*, Ediciones BLG, Trujillo, Perú, 2005, pp. 262,263.

tesis acusatoria, ya en esos momentos fuera del lugar.”²⁷ , o que “cuando el Fiscal es respetuoso de la condición humana; de la inocencia patética del acusado, de la Justicia, y tiene la calidad 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.”²⁸ El principio de irrevocabilidad entonces ha sido superado y flexibilizado por un reconocimiento de discrecionalidad al Fiscal que, en determinadas circunstancias, impone la retractabilidad, situación que aún no se interioriza por cuanto la “ aplicación de un nuevo modelo procesal penal no sólo constituye un tránsito normativo; implica un enfrentamiento con una cultura inquisitiva arraigada durante siglos en las prácticas judiciales.”²⁹, siendo necesaria una autocrítica y un compromiso de asumir el papel que nos corresponde.

Ya 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.

6.2 Error

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, éste 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

²⁷ MARCONE, Juan, *Juicio oral teoría y práctica*, Marcone editores, Lima, octubre 1999, p.398.

²⁸ *Ibid.*, p.399.

que como conductor y director de la investigación, el Fiscal deberá procurar disminuir cualquier riesgo de error en la investigación, sin embargo éste, excepcionalmente, puede darse, por tanto, no tendrá porque “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 Carnelutti “Menos mal cuando el error es reconocido relativamente pronto, antes del debate, con la absolución por parte del juez instructor o, a 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.”³⁰

De todo lo expuesto no nos queda más que dar relieve una vez más a este nuevo rol garantista del Fiscal que exige el modelo procesal acusatorio, en el se respeta esencialmente la dignidad humana ,como bien supremo de tutela del Estado , siendo necesario señalar que no se tiene que esperar a que la norma procesal esté vigente en todos los Distritos Judiciales para adecuar nuestra actuación a la protección de los derechos fundamentales de las partes del proceso y la preservación de la paz social, porque antes que el Código Procesal Penal está la Constitución Política del Perú.

²⁹ ORE GUARDIA, Arsenio, “ El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”, en El Ministerio Fiscal Director de la Instrucción, Op.cit., p.156.

BIBLIOGRAFIA

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

BERNAL CUELLAR, Jaime/ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *El Proceso Penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, tomo I, quinta edición, Universidad externado de Colombia, Colombia, agosto 2004.

CARNELUTTI, Francesco, *Las Miserias del Proceso penal*, Monografías Jurídicas, 55, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2002.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso penal*, La Prueba, Palestra, Lima, 2003.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Editorial COLEX, 1º edición noviembre 2004, 1º reimpresión-setiembre 2005, Madrid, 2005.

GIMENO SENDRA, Vicente, *El Ministerio Fiscal Director de la Instrucción*, Ministerio de Justicia, IUSTEL, Madrid, 2006.

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.

MARCONI, Juan, *Juicio oral teoría y práctica*, Marconi editores, Lima, octubre 1999.

MIXAN MÁSS. Florencio, *Cuestiones epistemológicas de la investigación y de la prueba*, Ediciones BLG, Trujillo, Perú, 2005.

MONROY GALVEZ, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, tomo I, TEMIS, Bogotá, Colombia, 1996.

SAN MARTIN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, volumen I, Editora Jurídica GRIJLEY, segunda edición, Lima, octubre 2003.

TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Las Miserias del Proceso penal*, Monografías Jurídicas, 55, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia 2002,p.76.