

**UNIVERSIDAD NACIONAL SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA**  
**ESCUELA DE POSGRADO**

**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y**  
**CIENCIAS POLÍTICAS**



**TESIS**

**“LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DISPOSICIÓN DE ARCHIVO FISCAL**  
**POR ATIPICIDAD”**

Para optar el Grado Académico de Maestro  
en Derecho con Mención en Ciencias Penales.

**PRESENTADO POR:**

Bach. Key Máximo Casafranca Luza

**ASESOR DE TESIS:**

Mg. Aldo Rivera Muñoz

**AYACUCHO – PERU**

**2019**

## **DEDICATORIA**

Esta tesis la dedico a mis queridos padres Máximo Casafranca y Eleodora Luza a quienes les tengo un gran respeto, ejemplo de superación y quienes supieron brindarme el apoyo incondicional para poderla concluir.

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, quienes me enseñaron una buena educación desde que inicie mis estudios en dicha universidad.

## RESUMEN

Con el presente proyecto de investigación abordaremos el tema acerca de la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez que esta queda consentida, es decir cuando la Disposición de Archivo Fiscal durante la calificación de la denuncia o una vez cumplida el plazo de investigación preliminar, se concluya que el hecho denunciado no constituye delito y esta a su vez quede consentida por que no se impugno dentro del plazo previsto o fue confirmada por el superior jerárquico.

Teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado refiriendo que cuando el Fiscal emite la Disposición Fiscal de Archivo calificándola que esta no constituye delito, y esta queda consentida ya sea por no ejercer la queja de derecho para que el superior jerárquico pueda examinarla, o cuando el Superior Jerárquico confirma la Disposición del Fiscal de primera instancia, *adquiere la calidad de cosa decidida*, entendiendo que tiene una naturaleza de inamovilidad e inimpugnable, es decir *pareciera que fuera una cosa decidida con los efectos de cosa juzgada*; pero si nos vamos a la concepción de cosa decidida, se dice que por doctrina mayoritaria que la cosa decidida tiene una naturaleza administrativa; pero si esta vendría a tener una naturaleza administrativa, la Disposición tendría que ser examinada por el órgano jurisdiccional por tener la calidad de cosa decidida, como es que cuando se agota la vía Administrativa el recurrente puede llevar su accionar al órgano Jurisdiccional mediante un procedimiento Administrativo Contencioso.

Por otro lado se tiene que la característica que identifica al Ministerio Público es de ejercitar la Acción Penal, esclareciendo los hechos materia de investigación mas no es un juzgador que ponga fin a la investigación y esta pueda determinarse en inimpugnable, el cual no cumpliría con lo afirmado por el Tribunal Constitucional, es por ello la presente investigación que trata de encontrar a que Naturaleza Jurídica Pertenece las Disposiciones de Archivo Fiscal por Atipicidad, para lo cual se tendrá en cuenta lo que la Constitución Política

tiene facultado para el Ministerio Público (Autónomo, Defensor de la legalidad, Ejercitar la Acción Penal y otros), el Código Procesal Penal que atribuciones les otorga, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú, como también se analizará las carpetas fiscales durante el ejercicio del año 2018, en la primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga y las respectivas encuestas a los Fiscales Provinciales de las fiscales corporativas en materia penal.

## **ABSTRACT**

With this research project we will address the issue about the Legal Nature of the Tax File Disposition by Atipicity once it is consented, that is when the Tax File Disposition during the qualification of the complaint or after the expiration of the term of preliminary investigation, it is concluded that the denounced fact does not constitute an offense and this in turn is consented because it was not challenged within the established period or was confirmed by the hierarchical superior.

Bearing in mind that the Constitutional Court has ruled that when the Prosecutor issues the File Tax Provision qualifying that it does not constitute an offense, and this is consented either by not exercising the right complaint so that the hierarchical superior can examine it, or when the Hierarchical Superior confirms the Disposition of the First Instance Prosecutor, acquires the quality of a decided thing, understanding that it has a nature of irremovability and incontestable, that is to say it would seem that it was a decided thing with the effects of res judicata; but if we go to the conception of something decided, it is said that by a majority doctrine that the thing decided has an administrative nature; but if this would come to have an administrative nature, the provision would have to be examined by the court for having the quality of a thing decided, as it is that when the administrative route is exhausted the appellant can take its actions to the jurisdictional body through an administrative procedure Contentious.

On the other hand, the characteristic that identifies the Public Prosecutor's Office is to exercise Criminal Action, clarifying the facts that are the subject of the investigation, but not a judge that ends the investigation and that can be determined in an uncontested manner, which would not comply with the law. affirmed by the Constitutional Court, is therefore the present investigation that seeks to find out to which Legal Nature Belong the Fiscal File Provisions for Atipicidad, for which it will be taken into account what the Political Constitution has empowered for the Public Ministry (Autonomous, Defender of legality, Exercise Criminal

Action and others), the Criminal Procedure Code that I grant you, the pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights and the Constitutional Court of Peru, as well as the fiscal folders during the fiscal year 2018, in the first Prosecutor's Office P Corporate Criminal Court of Huamanga and the respective surveys to the Provincial Prosecutors of the corporate prosecutors in criminal matters.

## INDICE:

RESUMEN.....	Pág. iii
ABSTRACT.....	Pág. iv
INTRODUCCION.....	Pág. 12

## TITULO I PLANTEAMIENTO METODOLOGICO

<b>I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</b>	<b>Pág. 14</b>
1. Descripción de la realidad problemática.....	Pág. 14
2. Formulación del problema.....	Pág. 15
a. Problema principal.....	Pág. 15
b. Problemas secundarios.....	Pág. 16
3. Indagación de investigaciones preexistentes.....	Pág. 16
4. Delimitación de la investigación.....	Pág. 18
5. Alcance de la investigación.....	Pág. 18
<b>II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>Pág. 18</b>
2.1 Objetivo General.....	Pág. 18
2.2 Objetivos Específicos.....	Pág. 18
<b>III. JUSTIFICACION, IMPORTANCIA Y LIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>Pág. 19</b>
3.1. Justificación de la Investigación.....	Pág. 19
3.2. Importancia de la Investigación.....	Pág. 20
<b>IV. MARCO TEORICO.....</b>	<b>Pág. 20</b>
4.1. Antecedentes de la Investigación.....	Pág. 20
• Cosa Juzgada Constitucional	
• La Causal de Revisión por atipicidad posterior del hecho punible	
• La Naturaleza del Procedimiento Administrativo de Eliminación De Barreras Burocráticas	
• Cosa Juzgada Constitucional y Cosa Juzgada Judicial	
• El Efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal en el Proceso Penal.	
4.2. Fundamentos o Bases Teóricas.....	Pág. 27
4.2.1. El Archivo fiscal no tiene contenido jurisdiccional.....	Pág. 27
4.2.2 Doctrina moderna.....	Pág. 27
4.2.3. Doctrina Solitaria.....	Pág. 28
4.3. Marco Conceptual.....	Pág. 28
4.3.1. Naturaleza Jurídica.....	Pág. 28
4.3.2. Cosa Decidida.....	Pág. 29
4.3.3. Cosa Juzgada.....	Pág. 30
4.3.4. Atipicidad.....	Pág. 31
4.3.5. Disposición de Archivo Fiscal.....	Pág. 32
4.3.6. Impugnación del archivo fiscal y el recurso de elevación de actuado.....	Pág. 34
4.4. Cosa Juzgada.....	Pág. 35
4.4.1. Aspectos Generales.....	Pág. 35
4.4.2. Definición de Cosa Juzgada.....	Pág. 37
4.4.3. Características Esenciales de Cosa Juzgada.....	Pág. 38
4.4.4. Naturaleza de Cosa Juzgada.....	Pág. 38

4.4.4.1. Cosa Juzgada Formal.....	Pág. 39
4.4.4.2. Cosa Juzgada Material.....	Pág. 39
4.4.5. Limites Objetivos.....	Pág. 39
4.4.6. Limites Subjetivos.....	Pág. 41
4.4.7. Finalidad de la Cosa Juzgada.....	Pág. 41
4.5. Cosa Decidida.....	Pág. 42
4.5.1. Aspectos Generales.....	Pág. 42
4.5.2. Definición de Cosa Decidida.....	Pág. 42
4.5.3. Características Esenciales de la Cosa Decidida.....	Pág. 42
4.5.4. La Cosa Decidida en el Ámbito Administrativo.....	Pág. 43
4.6. Ministerio Público.....	Pág. 43
4.6.1. Evolución Histórica Del Ministerio Público.....	Pág. 43
4.6.2. Evolución Histórica del Ministerio Público en el Perú.....	Pág. 45
4.6.3. Atribuciones y Facultades del Ministerio Público reconocidas	
Por la Constitución política del Perú.....	Pág. 51
a) La Autonomía.....	Pág. 52
b) La defensa de la legalidad.....	Pág. 52
c) Velar por la independencia de los Órganos Jurisdiccionales y	
Por la recta Administración de Justicia.....	Pág. 53
d) Representar en los procesos judiciales a la sociedad.....	Pág. 53
e) Conducir desde su inicio la investigación del delito.....	Pág. 53
f) Ejercitar la Acción Penal de oficio o a petición de parte.....	Pág. 53
g) Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en	
los casos que contempla la ley.....	Pág. 54
4.6.4. El Rol del Ministerio Público.....	Pág. 54
4.6.5. El Ministerio Público tiene la Acción Penal.....	Pág. 56
4.6.6. El Ministerio Público es el Titular de la Carga de la Prueba.....	Pág. 57
4.6.7. La Denuncia.....	Pág. 57
4.6.8. Formas de Conocimiento de la Noticia Criminal.....	Pág. 58
4.6.9. La Calificación de la Denuncia.....	Pág. 58
4.6.10. El Archivamiento de la Investigación Preliminar.....	Pág. 59
4.6.11. Impugnación del Archivo Fiscal y el Recurso de Elevación de	
Actuados.....	Pág. 59
4.7. La Atipicidad.....	Pág. 60
4.7.1. Aspectos Generales.....	Pág. 60
4.7.2. Definición De Atipicidad.....	Pág. 61
4.7.3. Atipicidad Relativa.....	Pág. 61
4.7.4. Atipicidad Absoluta.....	Pág. 61
4.7.5. Atipicidad de la Conducta por Ausencia de Elementos	
Objetivos.....	Pág. 62
4.7.6. Atipicidad de la Conducta por Ausencia de Elementos	
Subjetivos.....	Pág. 62
4.7.7. Atipicidad de la Conducta por Ausencia de Dañosidad	
Social.....	Pág. 62
<b>V. FORMULACIÓN DE LAS HIPOTESIS DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>Pág. 62</b>
5.1. Hipótesis General.....	Pág. 62
5.2. Hipótesis Derivadas.....	Pág. 62
<b>VI. IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACION DE VARIABLES... ..</b>	<b>Pág. 63</b>
<b>6.1. Variables Independientes.....</b>	<b>Pág. 63</b>
<b>6.2. Variable dependiente.....</b>	<b>Pág. 64</b>

<b>VII. OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES</b> .....	Pág. 64
--	---------

<b>VIII. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	Pág. 66
8.1. Tipo y nivel de investigación.....	Pág. 66
8.2. Método y Diseño de la investigación.....	Pág. 66
8.3. Universo, población y muestra.....	Pág. 66
8.4. Técnicas, instrumentos y fuentes de recolección de datos recolectados.....	Pág. 68
8.5. Análisis e Interpretación de Datos.....	Pág. 70

## **TITULO II ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO DENTRO DE LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES**

### **CAPITULO I: FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES**

1. Funciones en la Investigación Preliminar.....	Pág. 72
1.1. Funciones del Fiscal antes de Aperturar Investigación Preliminar	Pág. 73
1.1.1. Calificación del Hecho con caracteres de delito.....	Pág. 74
1.1.2. Cumplimiento con la normatividad del Código Procesal Penal	Pág. 75
1.1.3. Dirección de la Investigación.....	Pág. 76
1.1.4. Coordinación con la Policía Nacional del Perú.....	Pág. 76
1.2. Principios que regulan la función del fiscal en la Investigación Preliminar.....	Pág. 78
1.2.1. Principio de Legalidad Procesal.....	Pág. 78
1.2.2. Principio de Objetividad.....	Pág. 78
1.2.3. Principio de Autonomía.....	Pág. 79
1.2.4. Principio de Jerarquía.....	Pág. 80

### **CAPITULO II: LAS DISPOSICIONES EMITIDAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO DENTRO DE LA INVESTIGACIÓN**

2. Disposición Fiscal.....	Pág. 82
2.1. Tipos de Disposiciones Fiscales.....	Pág. 82
2.1.1. Disposiciones de apertura de investigación preliminar.....	Pág. 83
2.1.2. Disposición de Aplicación de Principio de Oportunidad.....	Pág. 84
2.1.3. Disposición de Abstención del Ejercicio de la Acción Penal	Pág. 85
2.1.4. Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.....	Pág. 86
2.1.5. Disposición de Prorroga de Ampliación de plazo de la Investigación Preparatoria.....	Pág. 87
2.1.6. Disposición de conclusión de Investigación Preparatoria..	Pág. 87
2.1.7. Disposición que declara compleja la Investigación Preparatoria.....	Pág. 88
2.1.8. Disposición que declara no procede formalizar y continuar la Investigación preparatoria.....	Pág. 88
2.1.9. Disposición que declara fundada en parte la elevación de actuados.....	Pág. 89
2.1.10. Disposición que declara infundada la	

elevación de actuados.....	Pág. 90
----------------------------	---------

### **CAPITULO III EL ACTO ADMINISTRATIVO**

3. El Acto Administrativo.....	Pág. 91
3.1. Concepto.....	Pág. 91
a) Criterio orgánico, subjetivo o formal	
b) Criterio material sustancial u objetivo	
c) Criterio mixto	
3.2. Elementos del Acto Administrativo.....	Pág. 94
a) Elementos subjetivos	
b) Elementos Objetivos	
c) Elementos Formales	
3.3. Requisitos de validez del acto administrativo.....	Pág. 95
a) La Competencia	
b) Objeto y contenido	
c) Finalidad publica	
d) Motivación	
e) Procedimiento regular	
3.4. Características del Acto Administrativo.....	Pág. 96
a) Racional	
b) Unilateral	
c) Directo y concreto	
d) Legítimo	
e) Definitivo	
f) Irretroactivo	
g) Ejecutable	
h) Público	

### **CAPITULO IV LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS**

4. Los Recursos Administrativos.....	Pág. 98
4.1. Recurso de Reconsideración.....	Pág. 99
4.2. Recurso de apelación.....	Pág. 100
4.3. Recurso de revisión.....	Pág. 101
4.4. Agotamiento de la Vía Administrativa.....	Pág. 102

### **CAPITULO V LA COSA DECIDIDA EN EL AMBITO PROCESAL PERUANO Y EN EL DERECHO COMPARADO**

5. La Cosa Decidida en el Ámbito del Derecho Administrativo... Pág. 103
5.1. La Cosa Decidida en el Ámbito del Derecho Penal..... Pág. 104
5.2. Pronunciamientos del TC acerca de la Cosa Decidida..... Pág. 105
5.3. Pronunciamientos del TC acerca de la Cosa Juzgada..... Pág. 107
5.4. Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... Pág. 110

**TITULO III**  
**ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS**

3. Descripción de los resultados.....	Pág. 113
3.1. Resultados de las encuestas realizadas a los fiscales de las Fiscalías Penales del Distrito Fiscal de Ayacucho.....	Pág. 113
3.2. Datos estadísticos.....	Pág. 122
3.3. Análisis de las Carpetas que contienen Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.....	Pág. 136
3.4. Contrastación de la hipótesis.....	Pág. 141

**TITULO IV**  
**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

4.1. Conclusiones.....	Pág. 146
4.2. Recomendaciones.....	Pág. 148

<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>Pág. 150</b>
--------------------------	-----------------

<b>ANEXO.....</b>	<b>Pág. 153</b>
-------------------	-----------------

- Matriz de consistencia.
- Validación de encuesta.
- Cuestionario.
- Ficha de observación.
- 05 Disposiciones de Archivo.
- Pronunciamientos del Tribunal Constitucional.
- Informe N°1/95 caso 11.006 Perú 7 de febrero de 1995.

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se abordara sobre la determinación de la Naturaleza Jurídica de las Disposiciones de Archivo Fiscal por atipicidad, ya sean consentidas por que la parte agraviada no acciono a la queja de derecho en el plazo correspondiente para que el Superior Fiscal pueda examinar, y la Disposición Fiscal de Archivo por Atipicidad que confirma el Archivo el Fiscal Superior, siendo que cabe precisar que en esta investigación no abordaremos a las Disposiciones de Archivos Fiscales por falta de elementos de convicción.

Por ello, tocaremos a fondo cuales son las características esenciales que tiene la Disposición de Archivo Fiscal, es decir analizaremos partiendo desde las atribuciones conferidas al Fiscal Investigador en el Código Procesal Penal, asimismo tocaremos también el tema de Agotamiento de la Vía Administrativa en la Ley 27774 Procedimiento Administrativo General, los fundamentos que tienen las doctrinas nacionales e internacionales, como la aplicación en el campo practico del ministerio público, al elaborar estadísticamente los casos resueltos mediante la Disposición de Archivo Fiscal por la Primera Fiscalía Provincial Penal de Ayacucho, como las entrevistas a los Fiscales Provinciales Penales y Superiores, y a los Jueces de los Juzgados penales de Investigación Preparatoria y Juzgados Penales Superiores.

Por último se realizara una comparación entre las características esenciales de que presenta una resolución administrativa que pone fin a una controversia, una resolución judicial que pone fin a un conflicto de interés y la disposición de archivo fiscal por atipicidad para determinar si corresponde la naturaleza de cosa decidida o cosa juzgada.

**TITULO I**  
**PLANTEAMIENTO METODOLOGICO**

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

### 1. Descripción de la realidad problemática

De la revisión de los pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Perú, se tiene que el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada (...) se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas: y, en segundo lugar, porque el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no puedan ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (...). (STC 4587-2004-HC/TC).

Asimismo también se pronunció en el siguiente sentido (...) que la decisión fiscal de “*No ha lugar a formalizar denuncia penal*” en los términos precisados anteriormente, genera un estatus de inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: **a)** La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159° de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; **b)** Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de *cosa decidida* que las hace plausibles de seguridad jurídica”. Este Tribunal ha señalado en precedente sentencia. (Exp. N° 0413-2000-AA/TC. FJ. 3. Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), que el principio de *cosa decidida* forma parte del derecho

fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Es necesario acotar que, el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados.

Por otro lado la comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que : (...) la decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional-como toda actividad del Ministerio Público en el proceso- que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con características prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión (...). (Informe N° 1/95, relativo al caso 11.0006 del 07 de febrero de 1995).

Por ello al realizarnos las siguientes interrogantes ¿qué naturaleza jurídica tiene la Disposición de Archivo Fiscal por atipicidad una vez consentida? Sera administrativa como cosa decidida, Jurisdiccional como cosa Juzgada o simplemente tendrá otra naturaleza distinta a la Administrativa y Jurisdiccional.

## **2. Formulación del problema**

### **a. Problema principal**

- ✓ ¿Cuál es la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?

## **b. Problemas secundarios**

- ✓ ¿Los criterios establecidos de la Cosa Decida por el Tribunal Constitucional del Perú determinan la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?
- ✓ ¿Los criterios establecidos de la Cosa Juzgada por el Tribunal Constitucional del Perú determinan la naturaleza jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?
- ✓ ¿El criterio establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinan que la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad, es un acto de esencia típicamente jurisdiccional que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible?
- ✓ ¿Las facultades reconocidas al Ministerio Público en la Constitución Política del Perú determinan la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?
- ✓ ¿Las atribuciones reconocidas al Ministerio Público en la Ley Orgánica del Ministerio Público determinan la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?
- ✓ ¿Las facultades del fiscal reconocidas en el Código Procesal Penal determinan la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?

## **3. Indagación de investigaciones preexistentes**

En el ámbito del Departamento de Ayacucho, al recurrir a la Biblioteca Central de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, así como las diversas entidades académicas, en búsqueda de antecedentes de estudios sobre el tema, no se halló tesis alguna con título similar o igual a la presente investigación; sin embargo,

se cuenta con tesis de otras universidades nacionales como internacionales que de alguna manera hacen referencia al tema a investigar.

- Cosa Juzgada Constitucional, universidad de Costa Rica- Facultad de Derecho - San José de Costa Rica, Irene Rodas Seas, trabajo presentado en el año 1999.
- La causal de revisión por atipicidad posterior del hecho punible en la jurisprudencia costarricense, Universidad de Costa Rica, José Pablo Miranda Hurtado, presentado en el año 2010.
- La naturaleza del Procedimiento Administrativo de Eliminación de Barreras Burocráticas, Pontífice Universidad Católica del Perú, José Antonio Castellón Lisson, presentado en el año 2017.
- Cosa Juzgada Constitucional y Cosa Juzgada Judicial, Pontífice Universidad Católica del Perú, Víctor Malpartida Castillo y otros, presentado en el año 2012.
- Análisis de Constitucionalidad de la Facultad de la contraloría General de la República para Sancionar por Responsabilidad Administrativa Funcional y su relación con el Principio del “NE BIS IN IDEM”, Pontificia Universidad Católica del Perú Escuela de Posgrado Maestría de Derecho Constitucional, Erika Garcia Cobian Castro, presentado en el año 2014.
- La Cosa Juzgada en el Proceso de Ejecución, Pontificia Universidad Católica del Perú, Stefano Cancino Vargas, presentado el año 2018.
- El Efecto Positivo o Prejudicial de la Cosa Juzgada penal en el proceso penal, Universidad Complutense De Madrid, Luis Miguel Pérez Aguilera, presentado en el año 2018.

#### **4. Delimitación de la investigación**

##### **4.1. Delimitación Espacial.**

- Las Disposiciones de Archivo por atipicidad emitidas por el Fiscal Investigador y cuando el superior fiscal confirme dicho archivo de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga.

##### **4.2. Delimitación Temporal.**

- Enero a diciembre de 2018.

##### **4.3. Delimitación Cuantitativa.**

- 05 Carpetas Fiscales que fueron archivadas-consentidas por cuanto el hecho no constituye delito (atípicas) sean estas al calificar la denuncia penal o por cuanto la Fiscalía Superior confirme el archivo fiscal.

#### **5. Alcance de la Investigación**

El alcance de la presente investigación es a nivel nacional, puesto que es de gran importancia identificar a que naturaleza jurídica pertenece la Disposición de Archivo Fiscal por atipicidad.

## **II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:**

### **2.1. Objetivo General**

- Determinar a qué Naturaleza Jurídica pertenece la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.

### **2.2. Objetivos Específicos**

- Determinar si la Naturaleza Jurídica del Archivo Fiscal por Atipicidad es Cosa Decidida conforme a los criterios establecidos por el tribunal Constitucional.
- Determinar si la Naturaleza Jurídica del Archivo Fiscal por Atipicidad es Cosa Juzgada conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional.

- Determinar si la Corte Interamericana de Derechos Humanos preciso correctamente la naturaleza de la Disposición de archivo fiscal por atipicidad al precisar que es un acto de esencia típicamente Jurisdiccional que adquiere el carácter de Inmutable e Irreproducible.
- Determinar si las facultades reconocidas al Ministerio Público en la Constitución Política del Perú determinan la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.
- Determinar si las facultades reconocidas al Ministerio Público en la Ley Orgánica del Ministerio Público determinan la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.
- Determinar si las facultades reconocidas al Ministerio Público en el Código Procesal Penal influyen a determinar la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.

### **III. JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y LIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:**

#### **3.1. Justificación de la Investigación**

La presente investigación es de carácter socio-jurídico, es social porque tiene gran relevancia para la sociedad, toda vez que implica que las personas, especialmente los operadores de derecho como, Fiscales, Jueces, Abogado, estudiantes de derecho, entre otros, conozcan a que Naturaleza jurídica pertenece la Disposición de Archivo Fiscal por atipicidad; y es jurídico por que se tendrá en cuenta las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú, Ley Orgánica del Ministerio Público, el Código Procesal Penal y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú para determinar si tiene una Naturaleza Jurídica

Administrativa (Cosa Decidida), Jurisdiccional (Cosa Juzgada) u es de otra Naturaleza Jurídica.

### **3.2. Importancia de la Investigación**

La importancia de la presente investigación es determinar las características esenciales de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad e identificar a que naturaleza pertenece, si es a la naturaleza de Cosa Decidida, Cosa Juzgada u otra naturaleza.

## **IV. MARCO TEORICO:**

### **4.1. Antecedentes de la Investigación**

- **Cosa Juzgada Constitucional, universidad de Costa Rica- Facultad de Derecho - San José de Costa Rica, Irene Rodas Seas, trabajo presentado en el año 1999.**

- ✓ La institución moderna de Cosa Juzgada, se divide en dos aspectos, uno formal u otro material.
- ✓ La cosa Juzgada Formal, es la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, sea porque las partes han consentido el pronunciamiento de primera instancia, sea por haberse agotado los recursos ordinarios y extraordinarios cuando ellos procedan, pero sin que obste a su revisión en un juicio posterior. Constituye lo que se ha llamado la preclusión de las impugnaciones, es decir, según Chiovenda, la perdida, extinción o caducidad de una facultad procesal. Sin embargo la preclusión y la Cosa Juzgada Formal, no son sinónimos, pues la primera solo produce efectos dentro del proceso y la segunda fuera del mismo.
- ✓ La Cosa Juzgada Material se produce cuando a la irrecurribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión. Rosemberg llama

interna a la Cosa Juzgada Material y la define como aquel efecto de una resolución con autoridad de Cosa Juzgada Formal, que se manifiesta en la normativa de su contenido, es decir, en la normatividad del juicio sobre la consecuencia jurídica producible en el caso particular”. Esta consecuencia no puede volver a discutirse o resolverse entre las personas a cuyos alcances se refiere la Cosa Juzgada., ya sea ella, o su opuesto contradictorio, objeto inmediato, o relación jurídica condicionante (prejudicial). Este efecto se conoce como función negativa de la Cosa Juzgada. Además, todo órgano estatal, a excepción del juez penal está obligado a basar su conducta en la resolución, sin más examen. La obligación de no desconocer la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, se conoce como la función positiva de la misma.

- ✓ Que la sentencia constitucional al igual que todos los órganos del Estado, está sometida a la Constitución Política y, por lo tanto, al principio de cosa juzgada, constitucional. Su facultad dimensionadora del fallo y su no vinculación al mismo, no significan que pueda irrespetar aquel principio, sino todo lo contrario.
- **La causal de revisión por atipicidad posterior del hecho punible en la jurisprudencia costarricense, José Pablo Miranda Hurtado, año 2010.**
  - ✓ Existe una imposibilidad, por el principio de non bis in ídem en relación con la prohibición de reforma en perjuicio, entendido este último desde la perspectiva de los principios pro homine y pro libertate, de reenviar a nuevo juicio o recalificar una condena penal, si es presentado un procedimiento especial de revisión por atipicidad posterior del hecho. Queda, como única solución legal, la absolutoria directa en estos casos.

- ✓ Las resoluciones del tribunal de casación penal que imponen pena pueden ser objeto de nueva impugnación, por violación al debido proceso al existir una clara incongruencia y falta de fundamentación con respecto del quantum de la pena. Asimismo, las resoluciones que recalificaron los hechos condenados originalmente como resistencia a atentado pueden ser objeto de impugnación, por violación al principio de correlación entre acusación y sentencia.
- **La naturaleza del Procedimiento Administrativo de Eliminación de Barreras Burocráticas, José Antonio Castellón Lisson, Lima- Perú. Año 2017.**
  - ✓ Con la publicación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General(en adelante, LPAG), en el diario oficial El Peruano el 11 de abril del 2001, se presentó la oportunidad de regular un régimen jurídico transversal que orienta la actuación de la Administración Pública en su relación con los administrados y, así mismo, con otras Administraciones Públicas, lo cual impacta en la mejora de la gestión pública y propiciando la construcción de un Estado democrático social, descentralizado, eficaz y eficiente, al servicio de los intereses generales de la comunidad y del ciudadano.
  - ✓ Según Gordillo, podemos definir al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. Estudia, por lo tanto, la participación y defensa del interesado (que puede ser un particular, un funcionario o una autoridad pública) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa, y, desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que

se refiere a la participación e intervención de dichos interesados. Estudia en particular la defensa de los interesados, y como lógica consecuencia de ello la impugnación de los actos y procedimientos administrativos por parte de éstos; se ocupa, pues, de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: Sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos los problemas de fondo que dichos recursos, etc., puedan plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental. (Gordillo, 2013, Pag.05).

- ✓ En el procedimiento administrativo clásico u ordinario, el administrado dirige a la Administración Pública, una solicitud, la cual, luego de evaluar, aprueba o desaprueba dicha solicitud. En ese sentido, se puede colegir que la Administración Pública actúa como juez y parte.
- ✓ Este tipo de procedimientos los podemos observar, entre otros, cuando un administrado solicita, ante una entidad pública determinada, un permiso de licencia de funcionamiento, licencia de conducir, un acta de nacimiento, copias de resoluciones e incluso en el ámbito de contrataciones del estado, cuando los administrados participan en determinados procesos de selección.
- ✓ De esta forma, Tirado establece que: (...) la regulación de la LPAG, en lo referido al procedimiento administrativo general, trata de los principios o normas que definen la estructura general del íter procedimental que ha de requerirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración. Siendo ello así, el procedimiento administrativo común comprende las

cuestiones verdaderamente nucleares al servicio directo del establecimiento de un común denominador normativo suficiente, para garantizar una igualdad básica de trato. (...) Tradicionalmente, el procedimiento administrativo, ha sido concebido adoptando una estructura lineal (donde la Administración es, al mismo tiempo, juez y parte).

- ✓ En los procedimientos administrativos trilaterales existe siempre una contienda o conflicto donde la entidad administrativa será la que resolverá la controversia, actúa como un juez y nunca como parte, porque es ajeno a la relación jurídica discutida. En esa misma línea, es válido señalar que cuando una entidad está resolviendo una controversia determinada, está ejerciendo una función diferente de las que se enmarcan dentro de las funciones administrativas clásicas, y es que se le está añadiendo una nueva función que se denomina “función de resolución de controversias”.
- ✓ Al respecto, varios juristas establecen que no se le otorga una función jurisdiccional a la administración pública sino más bien una función cuasijurisdiccional porque si bien tiene la potestad de resolver un conflicto, nunca tendrá la potestad que tiene el Poder Judicial, quien tiene un poder exclusivo en cuanto a la resolución de controversias. En ese sentido, Guzmán Napurí establece que: (...) debe quedar claro que el elemento diferencial entre la función jurisdiccional y la actividad cuasijurisdiccional de la Administración estriba en la inexistencia de la cosa juzgada en el ámbito administrativo. Y es que, en principio toda resolución administrativa es susceptible de ser impugnada a través de proceso contencioso administrativo, aun incluyendo las excepciones señaladas por la Constitución en su artículo 142° como hemos lo referido en el capítulo

precedente. Con ello queremos dejar claro, en consonancia con la norma constitucional, que la existencia de procedimientos trilaterales no implica la asignación de facultades jurisdiccionales a favor de la Administración Pública; caso contrario se estaría vulnerando los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (...).

- **Cosa Juzgada Constitucional y Cosa Juzgada Judicial, Víctor Malpartida Castillo y otros, Lima Perú, PUC, año 2012.**

- ✓ La cosa juzgada constituye además un derecho fundamental, que en el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos forma parte del debido proceso. Así también para nuestro Tribunal Constitucional, además de un principio que rige el ejercicio de la función jurisdiccional, constituye un derecho subjetivo que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional, y que garantiza a los que han tenido la condición de partes en un proceso judicial, que las resoluciones dictadas en dicha sede, y que hayan adquirido el carácter de firmes, no pueden ser alteradas o modificadas, con excepción de aquellos supuestos legalmente establecidos en el ámbito de procesos penales.
- ✓ La Constitución Política (...) al establecer la prohibición de revivir procesos fenecidos mediante una resolución ejecutoriada, prohíbe la existencia de una sanción posterior sobre los mismos hechos, constituyéndose como una causa de extinción de la acción en todo tipo de proceso, sea este penal, civil, laboral, entre otros. De este modo, deviene en un mecanismo de seguridad y certeza jurídica en razón de que consigue la estabilidad de las decisiones, al declarar la certeza del derecho ahí donde había conflicto.

- ✓ El Tribunal Constitucional en la STC 006-2006-PC/TC plantea el concepto de cosa juzgada constitucional, la que se configura como aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el tribunal constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Solo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.
- ✓ El concepto de cosa juzgada constitucional elaborado por tribunal constitucional, se distancia de lo que se tiene en la doctrina constitucional comparada. En esta última se habla de cosa juzgada constitucional por la existencia de un fallo proveniente de la magistratura constitucional jurisdiccional, que este sea emitido en el curso de un proceso y un procedimiento constitucional destinado a tutelar la supremacía de la Constitución y respetuoso de las exigencias de ella y que aborda temas constitucionales.
- **El Efecto Positivo o Prejudicial de la Cosa Juzgada Penal en el Proceso Penal, Luis Miguel Pérez Aguilera, Madrid, España 2018, Universidad Complutense De Madrid.**
  - ✓ La Cosa Juzgada, es precisamente, el instrumento de política legislativa empleado para lograr el mencionado equilibrio. Esta institución constituye el principal efecto de la firmeza de las resoluciones judiciales, que impide

que lo resuelto por los jueces y tribunales sea revisado en el mismo proceso (cosa juzgada formal), o si se trata del fondo del asunto, en otros procesos distintos (cosa juzgada material).

- ✓ La cosa Juzgada conoce dos funciones: la negativa o excluyente, que impide la reiteración de enjuiciamientos idénticos; y la positiva o prejudicial, que impone el respeto a las decisiones judiciales firmes en los enjuiciamientos conexos que se producen con posterioridad. Con carácter general, se afirma que solo la conjunción de ambas funciones permite garantizar unos niveles adecuados de seguridad jurídica.

## **4.2. Fundamentos o Bases Teóricas**

Al respecto solo se tiene del artículo escrito por Hurtado, existen 3 posturas acerca de la Naturaleza jurídica del Archivo Fiscal los cuales son:

### **4.2.1. El Archivo Fiscal no tiene contenido jurisdiccional.**

El ordenamiento jurídico contenido en el Nuevo Código Procesal Penal, en el artículo IV ordinal 3 precisa textualmente que los actos de investigación que practica el Ministerio Público (...) no tienen el carácter jurisdiccional (...), pese a que la norma se refiere a los Actos de Investigación y no dice nada respecto a la decisión que adopta el Fiscal cuando emite su Disposición de Archivo, pero tratando de ser coherentes con el Código el archivo también no tendría carácter jurisdiccional.

### **4.2.2. La Doctrina Moderna Colombiana.**

Considera que la etapa de la investigación en la que actúa el Fiscal son de tipo administrativo y específicamente sobre el Archivo Fiscal el Profesor San Martín Castro dirá que es positivo la introducción de la institución de la “cosa decidida”, pero bien sabemos que la “cosa decidida” es una institución

del derecho administrativo, es de considerar que una cosa decidida causa estado, agota la vía administrativa, habilita a que ella se pueda contradecir ante el Poder Judicial, a través de la acción contenciosa administrativa contenida en el artículo 148 de la Constitución del estado, lo que significa que “la cosa decidida” por antonomasia es mutable por decisión del Poder judicial, situación que no ocurre con el Archivo Fiscal que es inmutable – Salvo la existencia de nuevos elementos de convicción- y no puede ser contradicha en sede judicial, ergo el Archivo Fiscal no puede ser catalogado como un acto administrativo y menos puede ser denominado “cosa decidida”.

#### **4.2.3. La Doctrina Solitaria.**

Que el Archivo Fiscal tiene una naturaleza “Sui Generis”. Esta posición es nueva, no es administrativo ni jurisdiccional, se asemeja a este; pues cuando el Fiscal Archiva denuncias y procesos deja a un lado su función de “Requerentes de Justicia” y Acusador Público, para erigirse como “Defensor de la legalidad” y garante de la Ley, pues no permite que un ciudadano sea indebida e ilegalmente procesado.

### **4.3. Marco Conceptual**

#### **4.3.1. Naturaleza Jurídica.**

Es aquella calificación que se tiene a las relaciones o instituciones jurídicas conforme a los conceptos utilizados por determinado sistema normativo. “Es el perfil de cualquier institución jurídica, es decir, su estructura, habrá de venir determinada por el conjunto de las normas jurídicas que la regulan” (Estévez en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2057273.pdf>).

El concepto y término naturaleza se encuentra utilizado a menudo por la jurisprudencia clásica haciendo referencia a instituciones jurídicas singulares. Por la cual, Naturaleza significa (...) esencia, peculiaridad, normalidad.

#### **4.3.2. Cosa decidida.**

La cosa decidida es un concepto tradicional que hace referencia a aquel acto contra el cual no procede recurso administrativo, vale decir, ha quedado firme. “El efecto jurídico que produce un acto administrativo que ha adquirido la calidad de cosa decidida o acto administrativo firme es que es inatacable en sede administrativa, es decir, no se le puede modificar o dejar sin efectos, adquieren la condición de inamovibles, pero solo en sede administrativa, ya que son pasibles de ser recurridos vía judicial, en la forma y plazos establecidos por ley mediante la acción contenciosa administrativa (Muñoz, Pág. 1).

Conforme se encuentra establecido en el artículo 148° de la CPP, “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa

Donayre Yshii, Luis Oscar, define que, la cosa decidida es un concepto tradicional que hace referencia a aquel acto contra el cual no procede recurso administrativo, vale decir, ha quedado firme (<https://www.monografias.com/trabajos78/cosa-decidida-derecho-administrativo-peru>).

Se tiene que los pronunciamientos emitidos en sede diferente a la jurisdiccional, es decir en sede administrativa, constituyen cosa decidida, la

cual se define como la resolución emitida para poner fin a una discrepancia en instancia diferente a la jurisdiccional como sucede en el procedimiento trilateral; que también es comprendida como parte del debido proceso en sede administrativa.

#### **4.3.3. Cosa Juzgada**

La cosa Juzgada (...) proviene de la frase latina de res iudicata, es el principio que define la inmutabilidad que posee una resolución judicial que ha merecido el pronunciamiento definitivo sobre alguna causa, al haberse pronunciado sobre el fondo del asunto, o sea sobre la cuestión litigiosa determinando si el petitorio resulta fundado o infundado. (Tupez, 2013, pág. 131).

Asimismo, “La cosa juzgada es el efecto de las sentencias definitivas e interlocutorias, firmes o ejecutoriadas, que las hace inmutables y coercibles” (Ubilla Pareja Nicolás, pág.1).

En esa misma línea, la cosa juzgada como exclusividad de los órganos jurisdiccionales, la cual se sustenta en los siguientes tres pilares: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad de la sentencia. Por la primera se entiende la imposibilidad de revisar internamente un fallo judicial que ha quedado firme. Por la segunda, la imposibilidad de su ulterior modificación por algún agente externo al poder judicial. Y la tercera alude a la posibilidad del cumplimiento de la sentencia a partir de su exigibilidad y ejecución. (Rubio, Marcial. 1999).

#### **4.3.4. Atipicidad.**

Es aquella “cualidad de una conducta de no ser típica, es decir, de no encajar en un tipo penal de delito” (RAE). Es el fenómeno en virtud del cual un determinado comportamiento humano no se adecua a un tipo legal.

##### **a) Atipicidad Relativa.**

Habría atipicidad relativa en relación con los sujetos activo o pasivo, cuando el hecho descrito en la ley penal es realizado por persona que no reúne las condiciones señaladas en el tipo, o cuando el titular del bien jurídico tutelado tampoco presenta dichas calidades.

##### **b) Atipicidad Absoluta.**

La atipicidad supone que en ningún tipo penal no está en absoluto descrita en la ley como hecho punible. En este caso, hay una verdadera ausencia de tipo penal y por ende, hay una verdadera imposibilidad de aplicar sanción alguna.

##### **✓ Atipicidad de la Conducta por Ausencia de Elementos Objetivos.**

Cuando faltan uno o varios de los elementos objetivos del tipo en el caso sometido a análisis, debemos concluir que no hay tipicidad en relación con la figura en concreto.

##### **✓ Atipicidad de la Conducta por Ausencia de Elementos Subjetivos.**

En los eventos en los cuales el agente, a pesar de haber realizado el aspecto objetivo del supuesto de hecho, no obra con el dolo exigido y/o con los elementos subjetivos requeridos, desde luego, tampoco hay tipicidad.

##### **✓ Atipicidad de la Conducta por Ausencia de dañosidad social.**

Definimos conducta como el actuar humano (comisivo u omisivo) controlado o susceptible de serlo por la voluntad dirigida hacia un determinado resultado, con repercusiones en el ámbito social.

#### **4.3.5. Disposición de Archivo Fiscal**

El archivo definitivo de la investigación preliminar procede porque tras las diligencias debidas se determina que no existen elementos de juicio -entiéndase elementos probatorios- sobre la realización del delito o sobre la persona denunciada, por lo que no cabe continuar con la investigación preparatoria, de conformidad con el artículo 334.1 del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: “1. Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado”.

En suma, la decisión de archivo procede por las siguientes causales: i) cuando el hecho denunciado no constituye delito; ii) cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente; y, iii) cuando se ha producido la extinción de la acción penal.

##### **i) El hecho denunciado no constituye delito.**

Debemos tener en cuenta que el Código Procesal Penal vigente no precisa cuando un hecho punible no es delito, para lo cual debemos de remitirnos a la dogmática penal.

San Martín Castro (1999, pág.285), precisa que un hecho denunciado no constituye delito cuando: 1) La conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente; es decir, un hecho denunciado no es delito, cuando es atípico, es decir, que la ley no lo ha previsto como delito (atipicidad Absoluta); o 2) que el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal vigente invocada en la denuncia penal; en cuyo caso es un problema de subsunción normativa, en el cual los hechos no pueden ser subsumidos en el tipo penal denunciado (atipicidad relativa). También considera, que cuando se da la Teoría de los elementos negativos del tipo el hecho denunciado no es delito, y que en todo caso comprende todos los supuestos que descartan la antijuricidad penal del hecho objeto de imputación.

**ii) El hecho denunciado no es justiciable penalmente.**

San Martín Castro, sostiene que son los casos donde se encuentra la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria; son los casos contemplados, entre otros, por ejemplo: la excusa absolutoria en los delitos contra el patrimonio (Hurto de dinero en el mismo bien inmueble)

**iii) Cuando se ha extinguido la acción penal**

San Martín Castro, sostiene que esta causal se encuentra prevista en el artículo 78 del Código Penal, que precisa que la acción se extingue: 1) Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia; 2) Por autoridad de cosa juzgada; y 3) En los casos que solo

proceda la acción privada, esta se extingue además de las establecidas en el numeral 1) del presente, por desistimiento o transacción; y finalmente se extingue la acción penal pro sentencia civil si la sentencia ejecutoriada en la jurisdicción civil, resulta que el hecho imputado como delito es lícito.

#### **4.3.6. Impugnación Del Archivo Fiscal y el Recurso de Elevación de Actuados.**

El recurso de Elevación de Actuados que se dirige contra la disposición que determina el archivo, para cuyo caso el requerimiento debe formularse en el plazo de cinco días, conforme lo precisa el numeral 5 del artículo 335° del NCPP.

Elevado el expediente al Fiscal Superior se pronunciará también dentro del quinto día, el Fiscal Superior tiene tres opciones:

- 1) Puede declarar fundado el recurso de queja y ordenar que se amplíen los actos de investigación, con el mismo Fiscal o puede cambiarlo por otro Fiscal Provincial si se demuestra que la denuncia anterior no fue debidamente investigada;
- 2) La otra posibilidad es, se formalice y se continúe con la investigación preparatoria; y finalmente.
- 3) El Fiscal Superior puede confirmar el archivo de las actuaciones, con el cual la Disposición del Archivo Fiscal queda firme.

Si la Disposición de Archivo del Fiscal queda firme queda por preguntarse si la Disposición del Fiscal Superior que archivó definitivamente el caso puede ser impugnado. En principio el Nuevo Código Procesal Penal no da ningún tipo de norma adjetiva que permita la impugnación de una Disposición de Archivo que haya emitido el Fiscal Superior; el Tribunal

Constitucional se ha pronunciado sosteniendo: En el supuesto de que una resolución judicial desconozca o desnaturalice algunos de los componentes de cualquiera de los derechos aquí mencionados, estaremos, sin lugar a dudas, ante la circunstancia de un proceder inconstitucional, y ante un contexto donde, al margen de la función judicial ordinaria ejercida y de exclusividad que se le reconoce, resulta procedente el ejercicio del proceso constitucional como instrumento de defensa y corrección de una resolución judicial contraria a la Constitución.

#### **4.4. Cosa Juzgada**

##### **4.4.1. Aspectos Generales.**

Los primeros antecedentes de la cosa juzgada en el ámbito nacional se remontan a las constituciones de 1828 (artículo 161), 1834 (artículo 127), 1839 (artículo 129), 1856 (artículo 130), 1860 (artículo 129), 1867 (artículo 127), 1920 (artículo 155), 1933 (artículo 228), 1979 (artículo 233) en donde todos ellos establecen “la prohibición de revivir procesos fenecidos”.

Asimismo, en la actual constitución se tiene que regular la cosa juzgada en el artículo 139 inciso 2 y 13 como un principio y derecho de la función jurisdiccional. Así, en el inciso 2 se deja establecido que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada; y en el inciso 13 se establece la prohibición de revivir procesos fenecidos mediante una resolución ejecutoriada, señala dándose en este último además que como supuestos que surten los efectos de la cosa juzgada a la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción.

La jurista Castañeda Otsu, señala que la cosa juzgada constituye además un derecho fundamental, que en el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos forma parte del debido proceso. Así también para nuestro Tribunal Constitucional, además de un principio que rige el ejercicio de la función jurisdiccional, constituye un derecho subjetivo que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional, constituye un derecho subjetivo que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional y que garantiza a los que han tenido la condición de partes en un proceso judicial, que las resoluciones dictadas en dicha sede, y que hayan adquirido el carácter de firmes, no puedan ser alteradas o modificadas, con excepción de aquellos supuestos legalmente establecidos en el ámbito de procesos penales. (Castañeda. pág. 568).

Asimismo la misma autora refiere que la constitución política, al establecer la prohibición de revivir procesos fenecidos mediante una resolución ejecutoriada, prohíbe la existencia de una sanción posterior sobre los mismos hechos constituyéndose como una causa de extinción de la acción en todo tipo de proceso, sea este penal, civil, laboral, entre otros. De este modo, deviene en un mecanismo de seguridad y certeza jurídica en razón de que se consigue la estabilidad de las decisiones, al declarar la certeza del derecho, allí donde había conflicto.

Por otro lado, Monroy Gálvez señala que para que los fines del proceso se concreten es indispensable que la decisión final que se obtenga en este sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de cosa juzgada, (...) no todas las decisiones

ultimas de un proceso están investidas de la autoridad de la cosa juzgada, esta solo se presenta en aquellas resoluciones en las que haya un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, sobre el conflicto que subyace en el proceso. (Monroy Gálvez, Pág. 86 y 87).

El mismo jurista peruano precisa que un requisito adicional para que la autoridad de la cosa juzgada acompañe a una resolución es que se presente alguna de estas situaciones sea que se haya agotado todos los medios impugnatorios posibles de ser deducidos contra ella, sea que se trate de una resolución inimpugnable o que haya transcurrido el plazo legal.

Asimismo señala que una resolución ha adquirido la calidad de cosa juzgada, equivale a decir a que no puede ser modificada ni que el proceso sea reabierto. Así, “una resolución adquiere tal calidad cuando el justiciable ha hecho valer todos los recursos impugnativos que la ley le otorga en defensa de sus pretensiones; o pudiendo hacerlo ante una resolución emitida por una instancia intermedia deja transcurrir el tiempo y no acciona ejercitando un derecho fundamental que la propia constitución establece: la pluralidad de instancia.

#### **4.4.2. Definición de Cosa Juzgada.**

Según la RAE, la define como “que se da por resuelta e indiscutible (...), efecto de una resolución judicial firme, que impide abrir un nuevo proceso sobre el mismo objeto. (En: <https://dle.rae.es/?id=B3yTydM>).

Manuel Lujan refiere que “la cosa juzgada proviene de la frase latina de *res iudicata*, es el principio que define la inmutabilidad que posee una resolución judicial que ha merecido el pronunciamiento definitivo sobre alguna causa, al haberse pronunciado sobre el fondo del asunto, o sea sobre

la cuestión litigiosa determinado si el petitorio resulta fundado o infundado” (Tupez, Pág. 131).

Debe definirse a la cosa juzgada como la cualidad de los efectos o consecuencias de la sentencia, los cuales vienen directamente relacionados con las pretensiones invocadas por los intervinientes dentro de un proceso, siendo importante no confundir a dichos efectos y las pretensiones, con la cualidad misma, la cual tiene como características principales, la inmutabilidad e imperatividad de las cuales esta revestida” (Tupez, Pág. 131).

#### **4.4.3. Características Esenciales de Cosa Juzgada.**

- a) **Inmutable:** La cosa juzgada genera los efectos permanentes que impedirán que vuelva a discutirse acerca de dicho conflicto. Es decir que las partes “(...) deben respetar lo resuelto y no pueden renovar en un nuevo juicio la misma controversia” (UBILLA PAREJA Nicolás, La Cosa Juzgada, en <http://derechoalhumor.cl/wp-content/uploads/2017/06/Procesal-V-Cosa-Juzgada-Nicol%C3%A1s-Ubilla.pdf>, pág. 05).
- b) **Inimpugnable:** “Es aquella imposibilidad de revisar internamente un fallo judicial que ha quedado firme” (Hurtado Poma, Pag.8).
- c) **Coercible:** “Es aquella posibilidad de utilizar la fuerza pública para hacer cumplir el mandato” (Quiroga León, Pág. 47).

#### **4.4.4. Naturaleza de la Cosa Juzgada**

Para entender mejor esta parte, es menester desarrollarla en dos puntos el tema de la naturaleza de la cosa juzgada:

#### **4.4.4.1. Cosa Juzgada Formal.**

La cosa juzgada formal, es “la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, sea porque las partes han consentido el pronunciamiento de primera instancia, sea por haberse agotado los recursos ordinarios y extraordinarios cuando ellos procedan, pero sin que obste a su revisión en un juicio posterior” (Alsina, pág. 639).

Es así, que la cosa juzgada formal, tiene por finalidad de que la sentencia sea inatacable en el ámbito del proceso, y sus efectos sean la de preclusión de toda cuestión ulterior.

#### **4.4.4.2. Cosa Juzgada Material.**

La cosa juzgada material, “se produce cuando a la irrecorribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión” (Alsina, pág. 639).

Por ende, la cosa juzgada material impone que se tenga cuenta de su contenido en todo proceso futuro entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.

#### **4.4.5. Límites de la cosa juzgada**

Se tiene que los efectos de la sentencia no son ilimitados, incluso el de la cosa juzgada, siendo que de este instituto son de tipo objetivo, subjetivo y temporal y, doctrinalmente, no existen criterios uniformes en cuanto a su contenido.

La Doctrina clásica admite un doble límite a la cosa juzgada, uno de carácter objetivo y otro de tipo subjetivo. Los mismos responden a la interrogante de que parte de la sentencia no se puede mutar y quienes no

pueden discutir la sentencia. Otro tipo de límite se relaciona con la revisión de la cosa juzgada, un caso especial en que su autoridad cede ante ciertas circunstancias, y que se denomina límite temporal.

#### **4.4.5.1. Límites Objetivos.**

Esta se refiere al objeto o cosa reclamada en juicio, y a la causa o título jurídico en cuya virtud se reclama la causa petendi. El límite objetivo constituye la extensión del objeto de litigio y de la decisión y comprende todo lo controvertido. (Alsina pág. 639).

#### **4.4.5.2. Límites Subjetivos.**

Esta se relaciona con los sujetos intervinientes en la controversia. En principio, la sentencia solo produce efectos entre las partes, y no puede ser opuesta a terceros ni invocada por ellos. Este principio legal, sin embargo, no tiene para la doctrina un carácter absoluto, pues la misma reconoce la eficacia subjetiva de la sentencia, aun fuera del proceso.

#### **4.4.5.3. Límites Temporal**

Esta se produce cuando se da posibilidad de que la eficacia intrínseca de la sentencia pueda ser modificada o alterada con el transcurso del tiempo, es por ello que la inmutabilidad o eternidad de las decisiones judiciales, solo puede ser quebrada en los casos que se opera un cambio en las circunstancias que dieron origen al fallo cuando se detectan ciertos vicios que lo hacen intolerablemente injusto” (Hiters, 1977, Pág. 135), el cambio debe caracterizarse por ser una mutación cronológica posterior a la sentencia.

#### **4.4.6. Elementos de la cosa juzgada**

Los elementos de la cosa juzgada, son tres identidades clásicas: identidad de sujetos (eadem personae), de objeto (eadem res) y de causa (eadem causa petendi), con respecto al proceso anterior, ya resuelto por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. (Ossorio y Florit Manuel Pág. 975.)

##### **a) Identidad de sujetos**

“La identidad de sujetos significa que la cosa juzgada solo tiene eficacia entre las partes, entendiéndose por parte la persona jurídica que haya intervenido en el juicio por encontrarse legitimada en la causa.

##### **b) Identidad de objeto**

“El objeto de la decisión es un bien de la vida que puede consistir en una cosa, en un hecho, en una abstención o en una declaración” Chiovenda citado por OSORIO y FLORIT José Alfonso, OBAI Carlos, Pág. 976).

##### **c) Identidad de causa**

La causa de pedir o los hechos jurídicos base del derecho reclamado debe tener exacta correspondencia entre la demanda y la sentencia.

#### **4.4.7. Finalidad de la cosa juzgada**

Rosember, alude principalmente al valor de seguridad jurídica, el cual sería vulnerado mediante el examen reiterativo de un objeto litigioso. Asimismo refiere que para evitar que la autoridad de la Cosa Juzgada se mantenga sobre una sentencia justa, el Estado debe velar por la correcta

formación y elección de los jueces así como por la facilitación del acceso a la justicia para todos por igual. (Rosenberg Leo, Pág. 449).

## **4.5. Cosa Decidida**

### **4.5.1. Aspecto General.**

“Que la cosa decidida se encuentra vinculada jurídicamente en forma muy estrecha al derecho fundamental que la propia constitución establece: la pluralidad de instancias” (Rosenberg, Leo, Pág. 449).

El Tribunal Constitucional ha señalado en precedente sentencia (Exp. N° 0413-2000-AA/TC. Fojas 3. Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), que el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente.

### **4.5.2. Definición de Cosa Decidida.**

La cosa decidida tiene como principal efecto que los actos firmes adquieren la condición de inamovibles, pero esto solo en sede administrativa, ya que son pasibles de ser recurridos vía judicial, en la forma y plazos establecidos por ley mediante la acción contenciosa administrativa.

### **4.5.3. Características Esenciales de la Cosa Decidida.**

- a) Inamovible en el ámbito administrativo.
- b) Inmidificable en el ámbito administrativo.
- c) Pasible a revisión por el órgano jurisdiccional.

#### **4.5.4. La Cosa Decidida en el Ámbito Administrativo.**

El procedimiento administrativo peruano atraviesa un momento particularmente interesante, ya que podemos afirmar que nos encontramos en una etapa de cambios y reformas y fundamentalmente en la etapa de la constitucionalización del Derecho Administrativo. Una de las críticas más reiteradas, o un tema que causa gran controversia es aquel que se refiere a la aplicación del principio "del debido proceso" en sede administrativa y si corresponde, o no, la revisión de actos administrativos firmes en instancia judicial.

#### **4.6. Ministerio Público**

##### **4.6.1. Evolución Histórica del Ministerio Público.**

Flores (1999). El Ministerio Público, tal como actualmente es conocido en el Derecho Continental europeo y en América Latina, ha sufrido a lo largo de la historia una dilatada evolución que, en síntesis, guarda estrecha relación con la consolidación de la defensa pública de la legalidad y el tránsito de la acción popular relacionada con el modelo acusatorio puro o clásico al procedimiento de oficio.

Existen autores que creen encontrar en Grecia y Roma remotos antecedentes de la institución del Ministerio Público. Así, para algunos, el llamado *advocatus fisco romano*, funcionario de confianza del Emperador que se encontraba de sostener la acusación en los tribunales en materia de infracciones fiscales, presentaría alguna similitud con la figura del fiscal contemporáneo. Otros pretenden encontrar el antecedente remoto del Ministerio Público en los *tesmotéti* o *desmodetas* griegos que, además de cumplir la función de vigilancia de las leyes, en determinados casos de real

trascendencia para la República y supletoriamente a la acción popular ejercida por los ciudadanos, también podían sostener la acusación pública.

Finalmente, hay quienes como de Miguel, Jannaccone y otros autores italianos citados por Flores Prada, se remota inclusive hasta el antiguo Egipto, creyendo ver el antecedente milenario de la función fiscal en aquellos funcionarios que, entre otras atribuciones, tenían la de intervenir en los procedimientos de averiguación de la verdad, una suerte de inspectores que se remontarían a la época de la dinastía tolemeica.

Durante la Edad Media, probablemente bajo la influencia del Derecho Romano concretada en la figura de funcionarios como el *advocatus fisco*, y en vista de la cada vez más creciente intervención del Poder en la solución de los conflictos sociales, se erigió como una necesidad el establecimiento de un órgano público que se encargara de sostener las pretensiones ante los Tribunales.

Estos funcionarios, llamados procuradores fiscales, promotores fiscales o actores del fisco, eran nombrados por los reyes, fundamentalmente para la defensa de la hacienda o patrimonio regio en los pleitos, especialmente para la percepción de las multas impuestas como consecuencias de la condena penal, función que, posteriormente, se fue ampliando hasta comprender la intervención en la represión de los delitos a través de las acusación.

Esta evolución tuvo que ver con la asunción del procedimiento de oficio y el modelo inquisitivo canónico en los que el denunciante fue paulatinamente sustituido por el Fiscal.

Es en Francia, donde surge el Ministerio Público moderno. En efecto, tras sufrir una larga evolución histórica durante la Edad Media, que terminó en la fusión de la institución de los abogados del Rey y de los Procuradores del Rey (ambos representaban los intereses regios, pero los primeros tenían una connotación procesal, mientras que los segundos cumplían funciones administrativas), el Ministerio Público finalmente terminó su configuración moderna después de la Revolución, cuando Napoleón asume todos los poderes y organiza la institución. No obstante, esta configuración aún seguía siendo ambigua, toda vez que sus integrantes, por un lado eran magistrados que actuaban con autonomía, y por otro, dependían jerárquicamente del Poder Ejecutivo. Es esta institución, organizada de este modo por ley del 20 de abril de 1810, la que fue recogida por las legislaciones de los demás países europeos y fundamentalmente a través de España, es importada a Latinoamérica.

#### **4.6.2. Evolución Historia del Ministerio Público en el Perú**

Como antecedente más remoto del Ministerio Público se tiene al funcionario que defendía la jurisdicción y los intereses de la Hacienda Real ante los Tribunales del Consejo de Indias. Su función fue establecida en 1542 al instalarse la Real Audiencia de Lima y después la del Cuzco. (<https://www.fiscalia.gob.pe/historia/>).

La pertenencia de los miembros del Ministerio Público al aparato judicial se mantuvo durante la Época Republicana. Desde la instalación de la Alta Cámara de Justicia hasta la creación de la Corte Suprema en 1825, el Ministerio Público siempre estuvo al lado de los jueces. Los reglamentos de Organización de los Tribunales no lo mencionaban como un organismo.

En la evolución legislativa del Estado Peruano, la actividad del Ministerio Público no fue regulada constitucionalmente de manera clara hasta la Constitución de 1979, según un estudio realizado por el doctor Alejandro Espino Méndez.

#### **4.6.2.1. Los Primeros Pasos**

En la Constitución de 1823, en el capítulo pertinente al Poder Judicial (artículos 95 al 137) no hay referencias con respecto al Ministerio Público. Posteriormente, la Constitución de 1826 solo reguló la existencia de los fiscales a nivel de la Corte Suprema.

En la Carta Magna de 1828 se precisó que la Corte Suprema estaba constituida por siete vocales y un Fiscal; en tanto que las Cortes Superiores debían tener también uno. Además hizo mención a los Agentes Fiscales, deduciéndose que su competencia era a nivel de primera instancia.

Seis años más tarde, la Constitución de 1834 hizo mención al Fiscal de la Corte Suprema y se establecieron los mismos requisitos para ser Vocal o Fiscal. Igual hizo referencia a los Fiscales de las Cortes Superiores y a los Agentes Fiscales.

En la Constitución de 1839, se reguló a los Fiscales de la Corte Suprema, de la Corte Superior y Agentes Fiscales a nivel de los Juzgados de Primer Instancia. No obstante, esta Carta Magna tampoco hizo una precisión sobre sus atribuciones.

La Convención Nacional de 1855 aprobó la Ley sobre Organización del Ministerio Público, cuyas funciones fueron

resumidas por el historiador Jorge Basadre: "aparte de la supervigilancia del Poder Judicial y, en especial (se refería al Fiscal de la Nación) sobre los Fiscales de las Cortes y Agentes Fiscales, le correspondía dictaminar en los asuntos y casos que le competían según la Ley de ministros; cuidar que todo funcionario público cumpliera la Constitución y las leyes; dar parte al Congreso sobre las infracciones de cualquier funcionario de la República, inspeccionar las oficinas del Estado y todo establecimiento público o corporación legal sin excepción alguna, dando parte de los abusos y de las transgresiones de las normas legales y reglamentarias; cautelar que las elecciones populares se verificaran con plena libertad y en los tiempos designados". Aparte de ello, durante mucho tiempo, el Ministerio Público se mantuvo como defensor del Estado ante procesos judiciales.

#### **4.6.2.2. De Castilla a Leguía**

En la Carta Magna de 1856, expedida durante el Gobierno del Mariscal Ramón Castilla, se hizo una referencia más clara a los cargos de Fiscal de la Nación, fiscales de las Corte Superiores y Agentes Fiscales a nivel de Juzgados de Primera Instancia. Sin embargo, no se precisaron sus competencias.

La Constitución de 1860 igualmente reguló al Ministerio Público e hizo referencia a los fiscales de la Corte Suprema, Cortes Superiores y Juzgados, así como el mecanismo de sus nombramientos, aunque nuevamente sin precisar sus atribuciones.

Es preciso acotar que bajo los lineamientos jurídico-políticos de la Constitución de 1860 y luego en la de 1863, se promulgaron y entraron en vigencia el Código Penal y el de Enjuiciamiento en Materia Penal. En este último ya se legislaba y regulaba jurídicamente al Ministerio Público. En ese sentido, los Fiscales pasan a ser los titulares de la acción penal conjuntamente con los agraviados.

La Constitución de 1869 fue efímera. Por ello, la Carta Magna de 1860 tuvo vigencia hasta 1920, año en que la Asamblea Nacional aprobó la nueva Constitución Política durante el Gobierno de Augusto B. Leguía. En esta Carta Política se hizo referencia normativa a los Fiscales de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores y a los Agentes Fiscales de los Juzgados de Primera Instancia. A semejanza de las anteriores constituciones tampoco se precisaron sus competencias.

#### **4.6.2.3. Acción Penal Pública**

El 2 de enero de 1930 se promulgó el Código de Procedimientos en Materia Criminal. En su artículo 2 se precisó con suma claridad que el ejercicio de la acción penal era pública, siendo asumida por el Ministerio Fiscal. Su organización, constitución, competencias y prohibiciones fue encomendada al Ministerio de Justicia. Este ejercía el control sobre los integrantes del Ministerio Público o Ministerio Fiscal como se le denominaba.

En el marco de dicho Código, el proceso penal fue dividido en dos etapas: instrucción y juzgamiento, tal como se mantiene

hasta la actualidad. La primera estaba a cargo del Juez Instructor y la segunda a cargo del Tribunal Correccional (Sistema Mixto).

La instrucción podía iniciarse de oficio por parte del Juez Instructor, por denuncia realizada ya sea por el Ministerio Fiscal o por el 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.

La Constitución de 1933 reguló que debería haber fiscales a nivel de la Corte Suprema, de las cortes superiores y de los juzgados.

#### **4.6.2.4. La Era de los Procuradores**

En 1936, durante la gestión del Presidente Óscar R. Benavides, se organizaron los Procuradores Generales de la República para la defensa de los intereses del Estado, por lo que esta función fue separada del Ministerio Público. Ello se formalizó con la Ley Nro. 17537 del 25 de marzo de 1969.

Posteriormente entró en vigencia el Código de Procedimientos Penales de 1940, vigente hasta la implementación gradual del Nuevo Código de Procedimientos Penales a partir del 1 de julio del 2006 en la provincia limeña de Huaura, para luego ir abarcando los diferentes distritos fiscales (proceso que debe concluir con los distritos fiscales de la capital en 2016).

En el Código Penal de 1940 se establecieron como etapas del proceso penal: la instrucción y el juzgamiento. Además se

precisó que los fiscales, en todos sus niveles, formaban parte del Poder Judicial. Cabe precisar 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.

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

#### **4.6.2.5. Institución autónoma**

Al llegar a la mitad de 1979, la historia del Ministerio Público cambió radicalmente. La Constitución Política del Perú de 1979, aprobada por la Asamblea Constituyente de 1978, le atribuyó personería propia, con independencia, autonomía, organización, composición, funciones, atribuciones y prohibiciones; conforme a los artículos 250 y 251 del Capítulo XI.

Después la institución fue desarrollada en su Ley Orgánica, mediante el Decreto Legislativo 052 del 19 de marzo de 1981, la cual sigue vigente aunque con las modificaciones propias de la Constitución Política de 1993 y de las disposiciones legales que dispusieron su reorganización desde el 18 de junio de 1996 hasta el 6 de noviembre de 2000, día en que se promulgó la Ley N° 27367 que desactivó la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público.

La Constitución Política del Estado, vigente desde el 31 de diciembre de 1993, reguló al Ministerio Público en sus artículos 158, 159 y 160; estableciendo que esta institución es el titular del ejercicio

público de la acción penal, habiéndose derogado los artículos pertinentes del Código de Procedimientos Penales de 1940.

El Nuevo Código Procesal Penal, vigente gradualmente desde 2006, mantiene este principio, a la vez que establece tres etapas del proceso penal, salidas alternativas, entre otras innovaciones.

#### **4.6.2.6. Implementación del Nuevo Código Procesal Penal**

La decisión de implementar gradualmente la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, el tiempo transcurrido desde su puesta en marcha y la experiencia desarrollada en los Distritos Judiciales donde ya está vigente hacen que en este momento podamos tener una visión sobre los logros y desafíos que aún nos plantea esta reforma. En consecuencia, podemos partir de la constatación del éxito de la reforma, la misma que es irreversible y avanza a pasos firmes y seguros.

Es así, que el 01 de Julio del año 2006, entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Huaura y, posteriormente, el 1° de Abril de 2007, en el Distrito Judicial de La Libertad. Seguidamente entro en vigencia en el Distrito judicial de Tacna, Moquegua y Arequipa como en otros Distritos Judiciales, teniendo en cuenta que en el Distrito Judicial de Ayacucho entro en vigencia el 01 de julio de 2017.

#### **4.6.3. Atribuciones y Facultades del Ministerio Público reconocidas por la Constitución Política del Perú**

Nuestra constitución vigente le reconoce al Ministerio Público el los artículo 158° y 159°, las cuales las más importantes son: la autonomía, la

defensa de la legalidad, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia, representar en los procesos judiciales a la sociedad, conducir desde su inicio la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.

**a) La Autonomía**

Que el Ministerio Público, es un órgano autónomo del estado, esto es, independiente en sus decisiones, que tiene por finalidad principal velar por la adecuada administración de justicia en representación de la sociedad. No es un contralor ni un censor de la labor de los tribunales y juzgados, pues no tiene capacidad de imponerles decisiones ni de pedir sanciones para ellos. Cumple sus labores realizando investigaciones, acompañando permanentemente el trabajo de los magistrados, y ejercitando derechos diversos de intervención dentro de los procesos” (Marcial Rubio Correa, 1993, Estudio de la Constitución Política de 1993, Tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 221).

**b) La defensa de la legalidad**

Esta atribución se encuentra regulada en el inciso 1 de la Constitución Política del Perú, de la cual se tiene “que esta viene a ser la característica central que podría resumir las funciones del Ministerio Público, asimismo se consolida el Ministerio Público garantizando la tutela efectiva de los derechos fundamentales y que efectivicen la plena vigencia de la legalidad. Para ello la constitución y la ley le proveen una serie de atribuciones específicas”. (Bernaes 1999, Pág. 706).

**c) Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.**

Esta atribución se encuentra regulado en el inciso 2, del artículo 159 de la Constitución Política del Perú, y que mediante esta atribución, la intención ha sido otorgarle al Ministerio Público el rol de supervisor de la función jurisdiccional, de esta manera garantizara la administración de justicia.

**d) Representar en los procesos judiciales a la sociedad.**

Esta atribución se encuentra regulada en el inciso 3, del artículo 159 de la constitución política del Perú, de la cual el Ministerio Público asume el interés de toda la sociedad y actúa en nombre de ella. Esta actuación se refiere específicamente a los procesos civiles y esta concordado con lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, que le asigna como función principal “la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social. ((Bernaes 1999, Pág. 707)

**e) Conducir desde su inicio la investigación del delito.**

Reconocida en el inciso 4 del artículo 159 de la Constitución Política del Perú, mediante la cual, se tiene que ahora los fiscales serán los que conduzcan la investigación, operando directamente todos los apremios judiciales para cumplir tal labor.

**f) Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.**

Reconocida en el inciso 5, del artículo 159 de la Constitución Política del Perú, “en realidad, es una consecuencia de la actividad

acusatoria que ejerce el Ministerio Público, que se manifiesta en el Proceso Penal mismo” (Bernaes, Pág. 708).

Es así que el ejercicio de la acción penal en el Perú le ha sido delegado exclusivamente al Ministerio Público, de oficio o a petición de parte, lo cual se condice con el principio de la independencia absoluta diseñado para este organismo. Siendo que esta titularidad se encuentra refrendada por la ley orgánica del Ministerio Público.

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.

**g) Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que contempla la ley.**

Reconocida en el inciso 6 del artículo 159 de la Constitución Política del Perú, “esta función tiende asegurar que todo proceso penal este premunido de una opinión especializada, para proveer de elementos adecuados a fin de que las resoluciones sean equilibradas y justas. (Bernaes 1999, Pag.709).

#### **4.6.4. El Rol del Ministerio Público.**

El artículo 158 de nuestra constitución Política del Perú, regula que el Ministerio Público es un organismo autónomo, presidido por el Fiscal de la Nación, quien es elegido por la Junta de Fiscales Supremos

El principio acusatorio presupone, en esencia, la separación de funciones entre los órganos públicos encargados de acusar y de decidir la causa penal; esto es, el fiscal es quien detenta la persecución penal pública y el juez quien se encarga de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. Empero, la adopción del principio acusatorio importa más que esto, exige que quien investiga sea aquel que detenta la función acusadora.

Es así que el sistema acogido por nuestra legislación peruana, mediante el Código Procesal Penal del 2004, pretende reducir al máximo las facultades discrecionales del juzgador, limitando su actuación a una función juzgadora y garantista, de ahí que se diga con corrección que se constituye en un juez de Garantías, es por ello que resulta adecuada y pertinente la atribución directriz de la investigación preparatoria al fiscal quien en representación del Ministerio Público asume este rol.

Es por ello que él se tiene 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 y asume la conducción de la investigación desde su inicio.

El Ministerio Público, es un organismo autónomo, tiene la titularidad de la acción penal y sobre él recae la carga de la prueba. Sus Deberes más esenciales en el aspecto procesal son: actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial; conducir la investigación desde sus inicios hasta la acusación. Está obligado a actuar objetivamente, indagando los hechos constituidos delitos, que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan. Estas son solo algunos de los deberes que tiene que cumplir el fiscal en su actuación ante la sociedad.

Según Torres, la palabra fiscal es el nombre con que se designa a los Representantes del Ministerio Público, con Excepción de la máxima autoridad que es llamada con el nombre de Fiscal de la Nación. El Ministerio Público es una Institución Constitucionalmente. Autónoma, presidida por el Fiscal de la Nación.

Asimismo en mismo autor, precisa que la Fiscalía y el Ministerio Público en nuestro ordenamiento jurídico están unidas, a diferencia de otros países en que estas dos instituciones tienen autonomía funcional propia. En nuestro caso se prefirió unir funciones dándoselas a una sola entidad que mantiene los dos nombres: Ministerio Público y Fiscalía de la Nación. Su evolución le ha dado una identificación propia.

#### **4.6.5. El Ministerio Público tiene la Acción Penal.**

Al respecto, conforme al Artículo 1 del Código Procesal Penal actual, se tiene que el ejercicio del Ministerio Público, es de persecución pública; por cuanto interviene en la investigación del delito desde la el inicio del conocimiento de un hecho delictivo. Es el único funcionario del estado que tiene el monopolio de la acción pública, la que ejerce de acuerdo a Ley y según su propio criterio.

Es así que su obligación fundamental es asegurarse que toda denuncia luego de haber realizado las diligencias preliminares y recabado todos los elementos de cargo y descargo que coadyuven a esclarecer el hecho delictivo, solamente la formalizara cuando contenga causa probable de la imputación penal. Es por ello que el Fiscal responsable de la investigación este consiente de que no puede cometer errores en la apreciación y determinación de la conducta imputada, ya que ello trae graves consecuencias, no solo para la

persona implicada, sino, para la propia credibilidad del sistema de administración de justicia.

La CIDH, Caso Gonzales Medina y Familiares vs Republica Dominicana, Sentencia de fecha 27/02/2012, se precisa que a la luz de la persecución pública, una vez que tenga conocimiento del hecho delictivo, debe iniciar de ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación del paradero de la víctima, de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores del hecho delictivo.

#### **4.6.6. El Ministerio Público es el Titular de la Carga de la Prueba.**

Sobre el Fiscal, recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares, así como en el caso de faltas disciplinarias que denuncie. Carlos Alberto Torres Caro, precisa que esto no significa, que él se convierte en el súper detective, sino, en aquel que instruye sobre cuáles son las pruebas que se necesitan para tal tipo penal y la manera de conseguirlas, para efectos que no se provoque ni su nulidad ni se cometa abuso de un derecho. Lo que significa que el fiscal a nivel de investigación tiene el auxilio de la Policía Nacional Especializada, a fin de realizar el mejor, así de esa manera de procurar de que los elementos de cargo y descargo sean recabados durante la investigación.

#### **4.6.7. La Denuncia**

Según Pastor (pág.12), viene a ser el acto mediante el cual alguna persona que ha tenido noticia del hecho conflictivo inicial, la pone en conocimiento de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución (policía Nacional del Perú, Ministerio Público, etc.). Por tanto denunciar, es

comunicar a la autoridad policial o al Ministerio Público la comisión de un hecho delictivo.

Asimismo el mismo autor citando a Clara Olmedo, Jorge (El Proceso Penal, Delapma, Buenos Aires, 1985, pp. 72/73) precisa, que la denuncia desde el punto objetivo, la denuncia es el acto de transmisión de la *notitia criminis* cumplido por el denunciante, que este puede realizar verbalmente bajo su firma en el acta correspondiente, o efectuar directamente por un escrito complementado por la identificación del denunciante o, en su caso, de quien lo represente.

#### **4.6.8. Formas de Conocimiento de la Noticia Criminal.**

En el Código Procesal Penal Actual, conforme al segundo inciso del artículo 50 se tiene que existen cuatro maneras de que el Ministerio Público tenga conocimiento de un hecho delictivo, a fin de que este actué dentro de sus facultades y prerrogativas; las cuales son:

- a) De oficio.
- b) A instancia de la víctima.
- c) Por acción popular.
- d) Por noticia policial.

#### **4.6.9. La calificación de la denuncia**

En el inciso 1 del artículo 334, dispone que si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarara que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así

como ordenara el archivo de lo actuado. Esta disposición se notificara al denunciante y al denunciado.

De ello, podemos apreciar que este nuevo modelo procesal faculta al fiscal responsable de la investigación a dejar de lado a aquellos hechos que no cumplen con las condiciones para que pueda ser sometida a la percepción penal, sean estas por cuestiones de atipicidad objetiva (riesgo permitido), atipicidad subjetiva (ausencia de dolo y/o culpa, error de tipo invencible), concurrencias de causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio legítimo de un derecho, etc.), la presencia de causas supresoras legales de punibilidad (excusa absolutoria) o la negación de una condición objetiva de punibilidad entre otras.

#### **4.6.10. El Archivamiento de la Investigación Preliminar.**

Una vez realizada la investigación preliminar ya sea disponiendo la apertura de investigación preliminar en sede fiscal o en dependencias policial, al evaluar los actuados que se tenga en la carpeta fiscal o informe policial, si el fiscal responsable de la investigación determina que el hecho denunciado no constituye delito procederá a emitir la disposición de no procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria, lo cual será notificado a las partes.

#### **4.6.11. Impugnación del Archivo Fiscal y el Recurso de Elevación De Actuados.**

Este nuevo modelo procesal, en virtud de garantizar el debido proceso, establece el derecho a recurrir, el cual consiste en que las partes pueden acudir ante una instancia superior, a fin de que esta revise la resolución de alzada, tanto en la forma como en el fondo.

Es así que Peña Cabrera (pág. 147), precisa que Si bien las decisiones que adoptan los fiscales, según las previsiones legales del CPP del 2004, no son propiamente resoluciones jurisdiccionales, estas, al desplegar efectos jurídicos importantes para con los justiciables, deben ser también susceptibles de ser impugnadas, siempre y cuando no colisionen con el principio acusatorio.

El inciso 5) del artículo 334 dispone que el denunciante que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, que eleve las actuaciones al fiscal superior.

#### **4.7. La Atipicidad**

##### **4.7.1. Aspectos Generales.**

Para poder tocar el tema de la Atipicidad, es necesario saber que se entiende por “Tipo” y “Tipicidad”. Respecto a ello el maestro Bramontt (2008) la define como: El tipo penal es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma. La tipicidad es la adecuación de un hecho al tipo penal (Pag.166/167). Asimismo el mismo autor precisa que el tipo penal se analiza dentro de la tipicidad, forma parte de ella; al adecuarse un comportamiento humano a la conducta descrita por el tipo, surge lo que se conoce como la tipicidad.

De ello podemos concluir que el tipo penal se identifica con el comportamiento descrito por la ley, es decir con el supuesto de hecho típico del delito y la tipicidad es el encuadramiento del comportamiento del ser humano al tipo penal.

#### **4.7.2. Definición de Atipicidad.**

Villavicencio, la define como: la ausencia de tipicidad, supone la exclusión del delito y por lo tanto la negación del tipo (pág. 376).

Asimismo el mismo autor sostiene que podemos identificar dos tipos de atipicidad: Atipicidad Absoluta y Atipicidad Relativa.

#### **4.7.3. Atipicidad Absoluta.**

Esta implica la ausencia típica de una conducta dentro del texto penal.

#### **4.7.4. Atipicidad Relativa.**

Esta se configura cuando una conducta se halla tipificada de antemano como un hecho punible pero en el caso concreto no se logra su adecuación típica debido a que no reúne las exigencias típicas que reclama el tipo penal. Y en esta última se originan situaciones de atipicidad objetiva o atipicidad subjetiva.

##### **a) Atipicidad Objetiva**

Esta, supone la ausencia de alguna de las características del tipo en su aspecto objetivo, es decir se basa más que nada en la ausencia de condición o cualidades exigidas al sujeto activo.

Por ejemplo, en el delito de prevaricato, se requiere que el sujeto activo tenga la cualidad o condición de magistrado (juez), y de no tener esa condición no se podrá configurar el tipo penal.

##### **b) Atipicidad Subjetiva**

Esta otra, supone la ausencia de alguna de las características del tipo en su aspecto subjetivo. Ejemplo error de tipo inevitable, ausencia de elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo.

#### **4.7.5. Atipicidad de la Conducta por Ausencia de Elementos Objetivos.**

Este tipo de atipicidad se da cuando faltan uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal.

#### **4.7.6. Atipicidad de la Conducta por Ausencia de Elementos Subjetivos.**

En este tipo de atipicidad, se da cuando en los eventos en los cuales el agente, a pesar de haber realizado el aspecto objetivo del supuesto de hecho, no obra con el dolo exigido y/o con los elementos subjetivos requeridos, desde luego, tampoco hay tipicidad.

#### **4.7.7. Atipicidad de la Conducta por Ausencia de Dañosidad Social.**

Definimos conducta como el actuar humano (comisivo u omisivo) controlado o Susceptible de serlo por la voluntad dirigida hacia un determinado resultado, con repercusiones en el ámbito social.

### **V. FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN:**

#### **5.1. Hipótesis General**

- ✓ La Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad no es Cosa Decidida, ni Cosa Juzgada, por cuanto esta tiene una naturaleza propia “sui generis” (Cosa Fiscal), ya que el Ministerio Público es un Órgano Autónomo, Titular de la Acción Penal, Defensor de la Legalidad, las cuales son reconocidas por la Constitución Política de Perú.

#### **5.2. Hipótesis Derivadas.**

- ✓ la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad no es cosa decidida, por cuanto no es posible a ser revisada en el ámbito jurisdiccional, porque tiene el carácter de inamovible en el ámbito fiscal una vez que el archivo quede consentida.

- ✓ La Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad no es cosa juzgada, por cuanto la cosa juzgada es una exclusividad de los órganos jurisdiccionales, asimismo no tiene las siguientes características esenciales de la cosa juzgada: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad.
- ✓ La Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad no es un acto de esencia típicamente jurisdiccional con carácter de inmutable e irreproducible, ya que no se puede atribuir a que sea un acto de esencia jurisdiccional, sino fiscal.
- ✓ Las facultades de titular de la acción penal, autonomía, defensor de la legalidad, y otras reconocidas en la constitución política del Perú al Ministerio Público influyen a determinar la Naturaleza de la Disposición de Archivo por Atipicidad, dándole una naturaleza propia del fiscal.
- ✓ Las facultades de titular de la acción penal, autonomía, defensor de la legalidad, y otras reconocidas en Ley Orgánica del Ministerio Público en sus atribuciones determinan la Naturaleza de la Disposición de Archivo por Atipicidad otorgándole una naturaleza propia del fiscal.
- ✓ Las facultades de titular de la acción penal, autonomía, defensor de la legalidad, y otras reconocidas al Ministerio Público en el Código Procesal Penal influyen a determinar la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.

## **VI. IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACION DE VARIABLES:**

### **6.1. Variable Independiente:**

- ✓ Naturaleza Jurídica
  - a) Cosa Decidida.
  - b) Cosa Juzgada.

c) Cosa Fiscal.

## 6.2 Variable Dependiente.

✓ Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.

## VII. OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES:

### OPERATIBILIZACION DE VARIABLES E INDICADORES

#### PROBLEMA:

¿Cuál es la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?

#### Objetivo General:

Determinar cuál es Naturaleza Jurídica que tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.

#### Paso 1. Definir Conceptualmente la Variable

**Naturaleza Jurídica:** Es aquella calificación que se tiene a las relaciones o instituciones jurídicas conforme a los conceptos utilizados por determinado sistema normativo. Es el perfil de cualquier institución jurídica, es decir, su estructura, habrá de venir determinada por el conjunto de las normas jurídicas que la regulan. El concepto y término naturaleza se encuentra utilizado a menudo por la jurisprudencia clásica haciendo referencia a instituciones jurídicas singulares. Por la cual, Naturaleza significa (...) esencia, peculiaridad, normalidad.

**Cosa decidida:** Son los efectos de las resoluciones emitidas para poner fin a una discrepancia en instancia diferente a la jurisdiccional, no procediendo algún recurso administrativo, pero es susceptible de cuestionamiento a través de un proceso contencioso administrativo.

**Cosa Juzgada:** Son los efectos de aquellas resoluciones definitivas, firmes o ejecutoriadas emitidas por el órgano jurisdiccional poniendo fin a un conflicto de intereses, no pudiendo ser modificadas ni revisadas.

**La Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad:** Es aquel pronunciamiento por parte del Ministerio Público al calificar una denuncia o al concluir una investigación preliminar en la cual concluye que los hechos denunciados no constituyen delito.

### **Pasó 2: Operacionalización de Variables:**

Traducir el concepto de las variables en indicadores y dimensiones.

### **HIPOTESIS GENERAL**

Variable Independiente (X1)

X1\_Naturaleza Jurídica.

#### **a) Cosa decidida**

- ✓ Inamovible en el ámbito administrativo.
- ✓ Inmodificabilidad en el ámbito administrativo.
- ✓ Pasible a revisión por el órgano jurisdiccional.

#### **b) Cosa juzgada**

- ✓ Inimpugnabilidad.
- ✓ Inmutabilidad.
- ✓ Coercibilidad.
- ✓ Exclusividad de los órganos jurisdiccionales.

#### **c) Cosa Fiscal**

- ✓ Autonomía.
- ✓ Titular de la acción penal.

- ✓ Exclusividad del fiscal.
- ✓ Carácter de inamovible.
- ✓ Defensor de la legalidad.

### **Variable Dependiente (Y)**

#### **Y1. La Disposición de Archivo Fiscal por atipicidad.**

- ✓ Disposición de Archivo al momento de calificar la denuncia.
- ✓ Disposición de Archivo luego de realizar la Investigación Preliminar.
- ✓ Disposición de archivo confirmado por la superior.

## **VIII. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN:**

### **8.1. Tipo y nivel de investigación.**

#### **8.1.1. Tipo de Investigación.**

- ❖ Mixta (básica + aplicada)

#### **8.1.2. Nivel de Investigación.**

- ❖ Descriptivo.
- ❖ Comparativo.
- ❖ Causal.

### **8.2. Método y Diseño de la investigación**

- ❖ Inductivo.
- ❖ Deductivo.
- ❖ Comparativo.

### **8.3. Universo, población y muestra**

#### **8.3.1. Universo.**

En la presente investigación está constituida por las carpetas fiscales que fueron archivados por cuanto el hecho no constituye delito (atípicas)

sean estas al calificar la denuncia penal o por cuanto la Fiscalía Superior confirme el archivo fiscal, en todo el periodo del año de 2018 en la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga.

### **8.3.2. Población.**

La población objeto de estudio son todas las carpetas fiscales que fueron archivadas por cuanto el hecho no constituye delito (atípicas) sean estas al calificar la denuncia penal o por cuanto la Fiscalía Superior confirme el archivo fiscal, en todo el periodo del año de 2018 en la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativas de Huamanga.

### **8.3.3. Muestra.**

05 Carpetas Fiscales que fueron archivadas por atipicidad (el hecho no constituye delito) sean estas al calificar la denuncia penal o por cuanto la Fiscalía Superior confirme el archivo fiscal, en el periodo del mes de enero a diciembre de 2018 en la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga.

Es decir, se trabajó con toda la población, no siendo necesario el empleo de la fórmula para determinar la muestra consistente en:

$$n = \frac{Z^2 pq N}{NE^2 + Z^2 pq}$$

n = Tamaño de la muestra  
Z = Desviación estándar 1.96  
p = Variabilidad positiva 0.5.  
q = Variabilidad negativa 0.5.  
E = Precisión o el error 0.05.  
N = Tamaño de la población.

## 8.4. Técnicas, instrumentos y fuentes de recolección de datos recolectados.

### 8.4.1. Técnicas:

- ❖ **Observación:** como base del contacto del investigador ha de ser mediante la lectura de las cuales se ha recogido información valiosa, que me han permitido analizar, sintetizar e interpretar la Naturaleza jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por atipicidad, utilizándose como instrumentos fichas de observación a las 05 disposiciones de archivo de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga.
- ❖ **Encuesta:** Es una técnica de recolección de datos de acuerdo al problema planteado para los Fiscales Provinciales de las fiscalías Corporativas en materia Penal que me responderán de acuerdo a un cuestionario de preguntas.
- ❖ **Estadístico:** Nos ha permitido procesar los datos y su ulterior presentación en cuadros y gráficos estadísticos, utilizando para ello el programa Excel.

La principal técnica que se utilizo fue la encuesta y la ficha de observación que por medio de una encuesta conformada por preguntas se recabaron algunas consideraciones propias de cada fiscal.

### 8.4.2. Instrumentos:

- ❖ **Cuestionario:** Es un mecanismo de recolección de datos de acuerdo al problema planteado para los Fiscales Provinciales de las fiscalías

Corporativas en materia penal que nos responderán de acuerdo a un cuestionario de preguntas.

- ❖ **Fichas de Observación:** Mediante la cual se analizó los 05 Disposiciones de Archivo Fiscal por atipicidad (hecho no constituye delito) de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga.
- ❖ **Programa Excel:** Se utilizó para elaborar los cuadros estadísticos, como los respectivos gráficos de cada pregunta del cuestionario.

#### **8.4.3. Fuentes:**

- ❖ Carpetas Fiscales Archivadas por el fiscal Investigador.
- ❖ Pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú.
- ❖ Informe N° 1/95, relativo al caso 11.006 del 7 de febrero de 1995.

#### **8.4.4. Procedimiento de Recolección de Datos.**

- ❖ **Primer Paso:** se realizó una búsqueda de la bibliografía especializada tanto en las bibliotecas virtuales como físicas, de las universidades locales, nacionales, de las que se tuvo acceso.
- ❖ **Segundo Paso:** Elaboración de Instrumentos (encuestas para los Fiscales Provinciales, fichas de observación para las Disposiciones de Archivo Fiscal).
- ❖ **Tercer Paso:** Se hizo las gestiones necesarias para aplicar los instrumentos (cuestionarios) en las fiscalías Corporativas en materia penal, así como para obtener las 05 disposiciones de archivo fiscal por atipicidad del periodo enero a diciembre de 2018, realizando con posterioridad su transcripción y su análisis.

- ❖ **Cuarto Paso:** Se delimito las instrucciones para la finalidad de cada instrumento y se aplicó los instrumentos de recolección de datos.
- ❖ **Quinto paso:** Se procedió al procesamiento de datos y obtención de los resultados.

### **8.5. Análisis e Interpretación de Datos**

Luego de haber acopiado los datos obtenidos se procedió a la selección de aquellos datos conforme a la variable formuladas, utilizando la técnica del análisis e interpretación hermenéutica de los datos estadísticos que han sido recolectados y ordenados. Para seguidamente explicar objetivamente, con el fin de llegar a la demostración de las hipótesis formuladas.

Teniendo en cuenta que en caso de los datos **cualitativos**, se empleara la **Estadística Inferencial**, es decir que el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.

En opinión de la metodóloga Sonia Comboni, el camino a seguir en la interpretación de los resultados es lo siguiente:

- Retomar cada una de las hipótesis planteadas;
- Contrastarlas con los datos obtenidos; y,
- Darles una respuesta precisa, objetiva y científicamente útil.

**TITULO II**  
**ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO DENTRO DE LAS**  
**INVESTIGACIONES PRELIMINARES**

## **CAPITULO I: FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES**

### **1. Funciones en la Investigación Preliminar**

El maestro Pablo Sánchez Velarde (2009, Pág. 89) la define como: la investigación preliminar constituye una de las fases de mayor importancia en el proceso penal, pues muchas veces decide la sentencia penal. Está compuesta de los pasos iniciales de toda investigación penal y comprende las primeras declaraciones, actuaciones investigatorias y aseguramiento de los primeros elementos de prueba; los mismos que van a ser sustanciales para la decisión fiscal posterior de acusación o sobreseimiento de la causa.

Es decir que se trata del inicio de la persecución penal por parte del fiscal a consecuencia de una denuncia presentada ante la autoridad policial o fiscal o cuando las autoridades competentes procedan de oficio. Precisando que esta etapa está a cargo del Ministerio Público quien cuenta con el apoyo de la Policía Nacional, con la que coordina su actuación conjunta, por eso cuando las comisarias tienen conocimiento de un hecho delictivo, estas inmediatamente deberán de poner en conocimiento del fiscal de turno.

Esta etapa tiene la importancia de realizar los actos urgentes e inaplazables a fin de individualizar al presunto autor, recabar los elementos de cargo y descargo con la finalidad de verificar si realmente se cometió un ilícito penal o no, para lo cual deberá de recabar las declaraciones, adoptar medidas coercitivas o cautelares, y de decidir seguidamente si existen elementos probatorios para continuar con la investigación preliminar.

### **1.1. Funciones del Fiscal antes de Aperturar Investigación Preliminar**

El inciso 4 del artículo 159° de la Constitución Política vigente, prescribe que el Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito. En tal sentido, se entiende que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal pública y por ende, de la investigación del delito desde que ésta se inicia, cuyos resultados como es natural determinarán si se promueve o no la acción penal por medio de la acusación para ser presentada al Juez.

Esta disposición constitucional ha sido objeto de desarrollo en el NCPP de 2004, el artículo IV del Título Preliminar establece con nitidez: “el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y asume la investigación del delito desde su inicio”. Luego, en el inciso 2 del artículo 60° NCPP, se reitera tal disposición con el agregado que con tal propósito los efectivos de la Policía Nacional están en la obligación de cumplir sus mandatos en el ámbito de la investigación del delito.

En suma, por mandato de la ley fundamental y del NCPP de 2004, conducir no es otra cosa que dirigir, ser el titular, amo y señor de toda la investigación del delito desde que se inicia. Las diligencias preliminares pueden realizarse en sede fiscal o policial, pero las diligencias de la investigación preparatoria sólo en sede Fiscal.

La investigación del delito la deciden y en consecuencia la organizan jurídicamente los Fiscales. Dependiendo del delito deben armar su estrategia jurídica de investigación dirigida a esclarecer los hechos denunciados, individualizar a sus autores y partícipes así como a las

víctimas. Para lograr tal finalidad los efectivos policiales cumplen labor de apoyo.

Es así que el maestro Cubas Villanueva (2017, pág. 57), precisa que las diligencias Preliminares empiezan a practicarse en la escena del delito, el artículo 330.3 del CPP establece que el fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito; allí la policía bajo la conducción del fiscal podrá realizar lo siguiente:

- Acciones para proteger y vigilar el lugar de hechos.
- Levantar planos, fotografías y realizar grabaciones.
- Asegurar los documentos e instrumentos que puedan servir en la investigación.
- Efectuar bajo inventario secuestro e incautaciones.
- Realizar otras diligencias que faculta la ley.

#### **1.1.1. Calificación del Hecho con caracteres de delito**

Al respecto, primeramente debemos tener en cuenta que el fiscal de turno tiene cuatro formas de conocimiento de un hecho delictivo, los cuales son por denuncia de parte, de oficio, acción popular y noticia criminis.

Por lo cual deberá verificar si en la denuncia o informe policial o en las diligencias que realizo, considera que el hecho fuese delictuoso

y la acción penal no haya prescrito, se identificó al autor o participe o faltare identificarlos, realizara los actos urgentes e inaplazables. Así, emitirá su Disposición de Apertura de Investigación Preliminar u ordenara la intervención de la policial.

Si el hecho denunciado no tiene relevancia penal, es decir no es delito, el fiscal emitirá su Disposición de No Procede Formalizar y Continuar con la Investigación Preliminar, luego de ello notificara a las partes con dicha disposición y si la parte agraviada no se encuentra satisfecha con el pronunciamiento del fiscal, interpondrá su queja de derecho o elevación de actuados, para que el superior jerárquico del Ministerio Público (fiscal superior) emita pronunciamiento de confirmar el archivo preliminar o ampliar la investigación de la misma al verificar que no se realizaron todas las diligencias y también puede decidir que otro fiscal continúe con la investigación.

#### **1.1.2. Cumplimiento con la normatividad del Código Procesal Penal**

El Principio de Legalidad, es el que obliga al Ministerio Público a perseguir los hechos punibles respetando garantías y derechos en la investigación, es así que solo el Ministerio Publico tenga el monopolio de la acción penal.

Por lo cual podemos concluir que esta facultad de decidir si ejerce o no la acción penal, no puede ser ejercida de modo arbitrario, lo cual garantiza a toda persona que sea investigado el respeto del procedimiento establecido en la normativa penal.

Si en caso no se respetase las normas del debido proceso penal, se vulneraría el principio de legalidad por parte del fiscal investigador, y la investigación sería deficiente y en vano ya que el juicio oral el caso caería en vulneración del principio de legalidad.

### **1.1.3. Dirección de la Investigación**

El Ministerio Público, es el titular del ejercicio de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, es por ello que debe de asumir la conducción de la investigación desde el inicio, actuando proactivamente en defensa de la sociedad. Por lo tanto está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del investigado, ello en atención a lo establecido en el art. I del Título Preliminar del CPP.

Asimismo actuara con independencia de criterio, adecuando su actuación a un criterio de objetividad, para lo cual deberá de regirse por la constitución y la ley, ello sin perjuicio a las Directivas que emita la Fiscalía de la Nación, conforme al art. 61 del CPP.

### **1.1.4. Coordinación con la Policía Nacional del Perú**

El fiscal, para que pueda iniciar una investigación de un hecho que presuntamente es delito, deberá de verificar si el hecho denunciado existe una mínima sospecha de la existencia de un delito para lo cual emitirá su Disposición de Apertura de Investigación Preliminar a fin de corroborar y recabar elementos de carga y descarga. Para lo cual practicara u ordenara practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan

comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad penal del imputado.

En caso de que el autor o partícipe no se encuentre individualizado el mismo CPP, señala que en caso de que el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiere prescrito, pero faltare la identificación del autor o partícipe, ordenara la intervención de la policía para tal fin”; de ello podemos advertir que es la policía especializada quien deberá de individualizar e identificar al autor o partícipe; por otro lado, la misma norma adjetiva regula las atribuciones de la Policía en el Literal e, del Inciso 1, del artículo 68º, señala que practicara (...) las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito, por ello consideramos que el Fiscal de turno deberá de coordinar con la policial, para así poder individualizar al autor o partícipe del delito a fin de continuar con la investigación preparatoria.

Por otro lado el Ministerio Público también coordina con la Policía Nacional a fin de resguardar el lugar de los hechos de la comisión del hecho delictivo así de esta manera no sean borrados los vestigios y huellas del delito; practicara el registro de personas, así como el de prestar auxilio a las víctimas; recoger y conservar los objetos e instrumentos del delito (cadena de custodia), levantar planos, fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o flagrancia, informándole de inmediato sus derechos; capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia; asegurar los documentos privado; entre otras actividades en torno

de alcanzar la finalidad de la investigación, siendo que todo ello se realizara bajo la conducción del fiscal responsable de la investigación.

## **1.2. Principios que regulan la función del fiscal en la Investigación Preliminar**

### **1.2.1. Principio de Legalidad Procesal**

Bajo este Principio el representante del Ministerio Público debe obedecer a los preceptos de la Constitución y las leyes. En este sentido Sánchez (2009) comentando al principio de legalidad dice “Nuestro sistema jurídico procesal penal se rige bajo el principio de legalidad u obligatoriedad. Conforme a este principio, (...), desde una perspectiva procesal, todo hecho con características de delito debe ser investigado y sancionado. ...”. (pag.72). por lo cual el representante del Ministerio Público al realizar la investigación desde su inicio está obligado a realizar sus actos de investigación bajo el amparo del CPP y la Constitución Política.

### **1.2.2. Principio de Objetividad**

Según el inciso 2 del artículo IV del CPP, el Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. De este modo, el fiscal investigador debe ser objetivo en su actuación persecutoria ajustándose así a las pruebas sobre ella en sus Disposiciones, requerimientos o conclusiones.

Siendo que bajo este principio no pueden ocultar los elementos favorables a la defensa, ya que la propia normativa procesal penal

establece que el fiscal recabara los elementos de cargo y descargo a fin de esclarecer si los hechos denunciados constituyen delito o no.

### **1.2.3. Principio de Autonomía**

El Artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público prescribe 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 (...)”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que si bien es cierto se reconoce a los Fiscales el ejercicio independiente de sus funciones de acuerdo con sus propios criterios y en la forma que consideren más ajustada a los fines constitucionales y legales que persigue el Ministerio Público, también lo es que el específico mandato del artículo 159° de la Constitución debe ser realizado de conformidad con criterios objetivos y razonables, y por tanto, exentos de un ejercicio funcional arbitrario; además precisa que, el principio de jerarquía no 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. (Caso Chávez Sibina, 2006. Fdto.16 y 18).

La autonomía institucional atribuida al Ministerio Público responde al nuevo modelo procesal penal asumido, esto es, el acusatorio. En este caso es el Fiscal el titular del ejercicio de la acción

penal y 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. No obstante esta idea aún es de difícil consolidación en tanto que las interferencias de estos poderes son latentes. (Oré, 2017).

#### **1.2.4. Principio de Jerarquía**

Según el Artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los Fiscales forman un “cuerpo jerárquicamente organizado”. Esto importa que en todos los niveles de la actividad fiscal prime el principio de jerarquía, el mismo que impone dos consecuencias fundamentales: a) la posibilidad de que el superior controle la actuación del fiscal de cargo inferior del que es responsable; y, b) el deber de obediencia de los subordinados respecto de aquél. Estos aspectos se concretizan especialmente cuando el Fiscal Superior conoce en grado o merced a instancia, las actuaciones del Fiscal inferior, impartiendo órdenes en el estricto ámbito de la función, las cuales deben ser necesariamente obedecidas.

El principio de jerarquía se encuentra estrechamente vinculado con el principio de unidad en la Función Fiscal; pues, a través de este se busca la uniformidad en la actuación de quienes aparecen como representantes del Ministerio Público, quienes deben de actuar –en palabras de (Binder, 2000)– “como un todo frente a la sociedad y frente a la judicatura”. Por el principio de unidad, el fiscal provincial

y el fiscal superior no son partes distintas en el proceso penal, sino que integran el mismo sujeto procesal: el Ministerio Público.

## **CAPITULO II: LAS DISPOSICIONES EMITIDAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO DENTRO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **2. Disposición Fiscal**

El fiscal investigador (representante del Ministerio Público) en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias y formula requerimientos conforme a lo estipulado en el Artículo 122 del CPP, asimismo precisa que las disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la policía a fin de que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actualización que requiera expresa motivación dispuesta por ley. Por último que las disposiciones y requerimientos deben estar debidamente motivados.

“la característica principal de las disposiciones dictadas por el fiscal dentro del marco de sus atribuciones es la exigencia de motivación que fluye claramente del Inciso 5 del artículo 122 del CPP, (...) son de innegable relevancia procesal y se encuentran estrechamente vinculados al ejercicio del derecho de defensa y de impugnación. Por tal motivo, el legislador ha establecido que deberán ser debidamente motivados (han de ser coherentes, cumplir con las normas de la argumentación jurídica, tener una estructura lógica y apoyo de elementos de prueba. (Frisancho, 2012, Pág. 555).

#### **2.1. Tipos de Disposiciones Fiscales**

Desarrollaremos algunas de las disposiciones más importantes, la cuales son los siguientes:

### **2.1.1. Disposiciones de apertura de investigación preliminar**

Esta disposición de dar apertura a las investigaciones preliminares, se emite de conformidad a la normativa de los artículos 329.2, 330.3 y 334.2 del Nuevo Código Procesal Penal, el fiscal puede iniciar de oficio una investigación preliminar cuando tiene conocimiento de la comisión de un delito perseguible por el Ministerio Público, contando con un plazo de 60 días.

Por cuanto en esta investigación preliminar se realiza con el objetivo de realizar los actos urgentes e inaplazables para a) determinar si han ocurrido hechos eventualmente delictivos, b) Asegurar los elementos materiales de su comisión, y, c) individualizar a las personas involucradas y a los agraviados. En ese orden, la Disposición Fiscal de Apertura de investigación preliminar, debe contener en el documento las siguientes como señala. (León, 2016, p.35 y 36):

- Datos de identificación: número de carpeta, imputado, agraviado, delito, número de la disposición fiscal.
- Lugar y fecha.
- Antecedentes, que den cuenta de quién dice qué sucedió, a quién se identifica como autor, qué es lo que hizo, cuándo, cómo, dónde.
- Decisión, anuncia el inicio de investigaciones preliminares por un plazo fijado sobre los hechos descritos individualizando personas y delitos.
- La decisión debe incluir una lista de diligencias normalmente encargadas a una unidad de la Policía Nacional del Perú.

- Nombre del fiscal, despacho fiscal y firma.

### **2.1.2. Disposición de Aplicación de Principio de Oportunidad**

Mediante esta disposición se hace el llamado a las partes a fin de aplicar uno de los mecanismos de simplificación procesal, el cual consiste que el denunciado acepte los cargos imputados, reconozca un resarcimiento económico al agraviado por los daños ocasionados, siempre y cuando el delito que se cometió sea menor a los 04 años de pena privativa (delitos de bagatela) y el denunciado no cuente con antecedentes penales.

El gran maestro Maier, refiere que: “Oportunidad significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos concreta de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad social o por razones político-criminales” (pág. 836).

En la doctrina nacional, Sánchez Velarde señala que el principio de oportunidad tiene su origen en la recomendación N° R (87) del Comité de Ministerios de Estados Miembros del Consejo de Europa, sobre la simplificación de la justicia penal y en donde se aconseja recurrir al principio de oportunidad en los casos que lo permite el contexto histórico y la Constitución de cada Estado, renunciando al inicio del procedimiento penal o dando termino al ya iniciado, por razones establecidas por la ley. Es decir que la utilización del Principio

de Oportunidad permite no iniciar una investigación o poner término a una investigación ya iniciada por tratarse de un hecho que no compromete gravemente al interés público, para lo cual el fiscal responsable de la investigación deberá de cumplir con lo regulado en el artículo 2 del CPP, en donde se establecen los requisitos, circunstancias y lineamientos a seguir la aplicación del Principio de Oportunidad.

### **2.1.3. Disposición de Abstención del Ejercicio de la Acción Penal**

Esta disposición se emite cuando el imputado se halla sometido a la aplicación del Principio de Oportunidad, en cumpliendo con el Acuerdo Reparatorio por el daño causado al agraviado, y las demás formalidades, el fiscal a cargo de la investigación emitirá la Disposición de Abstención de la Acción Penal.

Es decir que la disposición de Abstención es el efecto de la aplicación del principio de oportunidad, por el cual el fiscal deja de ejercitar la acción penal, así de esta manera descongestiona el aparato judicial.

Por ultimo esta disposición de abstención impide bajo sanción de nulidad, que otro fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. Asimismo, de existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento, de no producirse el pago, se dictara disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.

#### **2.1.4. Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación**

##### **Preparatoria**

Mediante esta disposición se promueve la acción penal por parte del Ministerio Público por el plazo de 120 días naturales, siempre y cuando si de la denuncia de parte, del informe policial o de las diligencias preliminares que se realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no haya prescrito, que se haya individualizado al imputado y se halla satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la Formalización y la Continuación de la Investigación Preparatoria.

Teniendo en cuenta también que, sin perjuicio de notificarle a los imputados y agraviados, esta se dirigirá al juez de Investigación Preparatoria, adjuntado copia de la disposición en atención a lo prescrito en el numeral 3 del artículo 336.

Esta disposición deberá de contener:

- a) En nombre completo del imputado.
- b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente.
- c) El nombre del agraviado.
- d) Las diligencias que de inmediato deban actuarse.

Siendo que al emitir esta disposición, se deberá de cumplir con la finalidad de la Investigación Preparatoria, el cual consiste en reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y al imputado preparar su defensa entre otros.

Por último, los efectos de esta disposición es que suspenderá la prescripción de la acción penal y el fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial conforme al artículo 339 del CPP.

#### **2.1.5. Disposición de Prorroga de Ampliación de plazo de la Investigación Preparatoria**

Mediante esta disposición, el fiscal responsable de la investigación da cuenta a las partes y al juez de investigación preparatoria que ampliara la investigación por el plazo de 60 días más, por cuanto no se ha cumplido con recabar los elementos de convicción o realizar algunas diligencias pertinentes, útiles y necesarias para esclarecer los hechos denunciados.

Ello en atención al artículo 342 del CPP, en la cual prescribe que. Solo por causas justificadas, dictando la disposición correspondiente, el fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales.

Es así que el maestro Mixan Mass, señala que solo en merito a causas justificadas, el fiscal, mediante disposición motivada, podrá prorrogarlo, por única vez, hasta por 60 días naturales (pag.100).

#### **2.1.6. Disposición de conclusión de Investigación Preparatoria**

Esta Disposición se emite cuando el fiscal responsable de la investigación considere que la investigación preparatoria ha cumplido su finalidad, aun cuando no hubiera vencido el plazo, la dará por concluida.

Los efectos de concluir la investigación preparatoria es que el fiscal tendrá un plazo de 15 días para emitir su pronunciamiento, es decir, formular acusación siempre que exista base suficiente para ello, o hace un requerimiento de sobreseimiento de la causa.

#### **2.1.7. Disposición que declara compleja la investigación preparatoria**

Esta disposición se emite, cuando se tiene la existencia de casos complejos y de criminalidad organizada

#### **2.1.8. Disposición que declara no procede formalizar y continuar la investigación preparatoria.**

Esta disposición se emite cuando se ha concluido con la investigación preliminar o al calificar el escrito de la denuncia de parte, el fiscal puede disponer que no procede la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, “(...) cuando de los actuados aparece que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, concurren causas de extinción o en caso de que no se logre identificar al presunto autor o autores.

Ello en atención al artículo 334, inciso 1) del CPP, concordante con el artículo 336° inciso 1) del CPP señala que el fiscal podrá disponer no proceder formalizar investigación preparatoria cuando: a) El hecho denunciado no constituye delito. b) El hecho no es justiciable penalmente. c) Se presentan causas de extinción previstas en la ley. d) No aparecen Indicios Reveladores de la Existencia de un delito, e) No se ha individualizado al imputado. (Mixan Mass, 2010, Pág. 105)

En esa línea de argumentación, entendemos que la obligación del Fiscal es asegurarse que toda investigación conducida por él,

contenga causa probable de imputación penal, esto es, no debe en lo absoluto formalizar por formalizar, sino, solo debe poner en marcha el aparato persecutor y jurisdiccional por existencia de suficientes elementos de convicción de la realidad y a la probabilidad de certeza de la comisión de un delito y la vinculación de los implicados en su perpetración.

De igual forma es necesario resaltar que es función esencial del Ministerio Público, aplicando el criterio de selectividad, analizar la información o los hechos que son puestos en su conocimiento, y verificar entre otros aspectos, que los mismos tengan relevancia penal y por ende se subsuman en un tipo penal determinado.

Cabe resaltar que la doctrina reconoce que cuando la Disposición que declara que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria adquiere la calidad de cosa decidida, tal como lo precisa Sánchez Velarde (2005), “la existencia de una disposición fiscal de archivamiento definitivo impide que los mismos hechos sean materia de investigación preparatoria, instrumentalizándose legislativamente lo que se conoce en doctrina como cosa decidida” (Pag.57).

#### **2.1.9. Disposición que declara fundada en parte la elevación de actuados.**

Esta disposición es emitida por el Superior Jerárquico (Fiscal Superior), cuando en un extremo de la decisión adoptada por el fiscal provincial considere que no existe suficientes actos de investigación que den lugar a una toma de decisión más ajustada a la realidad, por lo

cual dispondrá a que se amplíe la investigación a fin de realizar las diligencias que faltase realizar.

Luis Pastor (2015), señala que, después de realizadas las diligencias preliminares, decida que no procede la formalización de la investigación, el denunciante puede interponer recurso de queja, elevándose los actuados al Fiscal Superior artículo 334.5 y 334.6, quien se pronunciara finalmente (pág. 316); confirmando la disposición recurrida o declarándola fundada la elevación de actuados sea total o en parte.

#### **2.1.10. Disposición que declara infundada la elevación de actuados.**

Mediante esta disposición confirma la disposición recurrida, quedando consentida, y con la disposición emitida por el Superior termina el trámite de la investigación, constituyendo lo decidido en cosa decidida, conforme al artículo 12 de la Ley orgánica del Ministerio Público. Asimismo conforme al artículo 335.1 ello impide que otro fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una investigación preparatoria, salvo que, conforme el artículo 335.2, aporten nuevos elementos de convicción. (Luis Pastor, 2015, pág. 316).

## **CAPITULO III: EL ACTO ADMINISTRATIVO**

### **3. El Acto Administrativo**

#### **3.1. Concepto:**

El administrativista argentino Agustín Gordillo, en su “Teoría General del Derecho Administrativo” define al acto administrativo como “la declaración realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos”. Señala una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo con otro sujeto de derecho y los que la Administración realiza por su cuenta, proponiendo reservar el concepto de acto administrativo solo para los actos unilaterales.

El acto administrativo, son declaraciones de voluntad, conocimiento u opinión, destinadas a producir efectos jurídicos, es decir, el nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones. (Cabrera, 2013, pág. 141).

Asimismo el referido autor precisa que el acto administrativo viene a ser especie del acto jurídico, y que el acto administrativo participa de las características de la acto jurídico “es la expresión de voluntad y produce efectos jurídicos”, sin embargo el acto administrativo tiene características propias, que lo distinguen del género y de otras especies de actos como los civiles, penales, laborales, o mercantiles.

Por lo cual podemos concluir que los actos administrativos vienen a ser aquellas declaraciones de las entidades que en el marco de las normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los

intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Bajo ese contexto el mismo autor, precisa que existen varios criterios para determinar la noción del acto administrativo, los cuales son: (Cabrera, 2013, pág. 141).

**a) Criterio orgánico, subjetivo o formal**

Se basa en que lo esencial para caracterizar el acto administrativo es el órgano del cual emana el acto, y de esta manera revestirán tal condición jurídica aquellos actos dictados por órganos legislativos y judicial, es decir en el que dictan órganos administrativos y no otros. Siendo que en el sentido formal habrá que considerar la naturaleza del órgano del que emana el acto.

**b) Criterio material sustancial u objetivo**

Este criterio se toma en cuenta la función administrativa, es decir se basa en la actuación concreta del Estado, realizado por cualquiera de sus órganos. Por lo cual, el Acto Administrativo es toda manifestación de voluntad de un órgano del Estado, sea administrativo, legislativo o judicial, con contenido, con sustancia administrativa, cualquiera que sea el órgano que lo dice, que tenga sustancia administrativa en el ejercicio concreto de la función administrativa.

**c) Criterio mixto.**

Este criterio involucra a la vez elementos de tipo orgánico material y orgánico para arribar a una noción final. Precizando que el acto administrativo es la actividad que realizan los órganos

administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y judiciales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y judiciales.

La raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los organismos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa, sin interesar que órgano la ejerce.

Por lo expuesto, el acto administrativo pertenece a la categoría de los actos jurídicos voluntarios. Esta declaración debe emanar en principio de un órgano del Estado y ser emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa. No es posible que entidades no estatales dicten actos de administrativos, por estos, comprenden toda declaración proveniente de un órgano estatal.

Es así que la Ley de procedimiento Administrativo General en su artículo 1º, 1.1. Precisa que los actos administrativos son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Se dice intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta, porque el acto administrativo como parte esencial de la actividad jurídica del estado se orienta lógicamente a producir efectos jurídicos en el ámbito general del derecho, para lo cual se debe entender por **intereses**, como aquella relación con persona o cosa que, aun sin estricto derecho, puede permitir accionar procedimentalmente; **por obligaciones**, como el

conjunto de deberes que tiene un individuo respecto de los demás y también respecto de sí mismo. Los deberes impuestos por la norma jurídica. Solo cabe entender por obligación aquella que es exigible, es decir que da derecho a la ley para compeler, para forzar al obligado a su cumplimiento; **por derechos**, todo aquello de la naturaleza exigible, mientras que deber u obligación es lo que se nos demanda o pide cumplir; **entidades**, a todo órgano y organismo público, cualquiera que sea su competencia, nivel jerárquico o ubicación geográfica; **administrados**, a toda persona física y/o jurídica que puede reclamar atención de cualquier entidad administrativa, es decir del particular o gobernador en sus relaciones con las entidades estatales en el marco de normas de derecho público.

### 3.2. Elementos del Acto Administrativo

El acto administrativo tiene elementos subjetivos, objetivos y formales:

#### a) Elementos subjetivos:

El órgano que lo emitió debe ser la administración pública competente (material, temporal y territorial) y legitimado.

#### b) Elementos Objetivos:

- **Objeto:** lícito, posible, determinado.
- **Contenido:** sujetándose al ordenamiento, pudiéndose incluir elementos accesorios a la voluntad.

#### c) Elementos Formales:

- **Procedimiento:** establecido en las normas.
- **Motivación:** fundamentos de hecho y de derecho.

### 3.3. Requisitos de validez del acto administrativo:

Según la ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo 3°, son: Sujeto, Competencia, Objeto o contenido, Finalidad pública, Motivación, Procedimiento regular y Forma.

- a) **la Competencia:** El acto administrativo sea emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en su caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quorum y deliberación indispensables para su emisión.
- b) **Objeto y contenido:** El acto administrativo debe expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
- c) **Finalidad pública:** El acto administrativo debe de adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
- d) **Motivación:** El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

- e) **Procedimiento regular:** El acto administrativo antes de su emisión, debe cumplir con el procedimiento administrativo previsto para su generación.

### 3.4. Características del Acto Administrativo

#### a) **Racional**

El acto administrativo debe ser el resultado de un proceso de análisis, donde el funcionario público interpreta y aplica la norma legal al caso concreto, para arribar a una conclusión sobre la pertinencia o impertinencia de determinadas actuaciones. En otras palabras, debe ser el producto del análisis.

#### b) **Unilateral**

Mediante los actos administrativos de los funcionarios públicos el estado declara su voluntad sobre algún asunto. Esta decisión se toma en el seno de la administración estatal y por ello es unilateral.

#### c) **Directo y concreto**

Mediante los actos administrativos se ejecutan asuntos específicos, se resuelven situaciones reales que tienen efecto sobre sujetos específicos.

#### d) **Legítimo**

Todo acto administrativo se presume legítimo, es decir, que cumple con todos los requisitos legales. Lo anterior, por ser producto del ejercicio de una función pública otorgada por ley a un funcionario.

#### e) **Definitivo**

El acto administrativo aceptado o consentido por el interesado; o aquel que se revisó a solicitud de afectado y que fue ratificado sin sufrir

ninguna modificación, o el nuevo acto que se emitió en sustitución de aquel que se reconoció viciado; o cuando el acto a pesar de ocasionar perjuicio al interesado nunca lo atacó por medio de recursos administrativos o de acciones judiciales, se considera como acto firme y por lo tanto definitivo. Ese acto contiene la posición final de la administración del estado sobre un asunto concreto y ya no es susceptible de revisión a solicitud del particular porque adquirió firmeza.

**f) Irretroactivo**

El acto administrativo inicia sus efectos a partir de su publicación o de la notificación siempre que no sea impugnado, pues la interposición de un recurso interrumpe la ejecución y los efectos del acto mientras se resuelven los recursos y las acciones judiciales.

**g) Ejecutable**

Una vez que el acto administrativo es definitivo produce efectos jurídicos y se procede a su ejecución o cumplimiento.

**h) Público**

Los actos de la administración pública deben ser conocidos por aquellos a quienes afecta directamente, a través de su notificación o publicación.

Por otro lado el jurista Agustín Gordillo, en el derecho argentino, señala que las características del Acto Administrativo son: a) Presunción de legitimidad, b) Exigibilidad u obligatoriedad, c) Impugnabilidad y d) Estabilidad

## **CAPITULO IV: LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS**

### **4. Los Recursos Administrativos**

Dante Cervantes, señálala que “frente a un acto administrativo que supone que viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos” (pag.572).

En esa misma línea se tiene que el ordenamiento jurídico establece la posibilidad de que se pueda revisar un acto administrativo, toda vez que siempre existe la posibilidad de que la autoridad haya podido incurrir en un error o vicio al momento de su emisión. Ahora bien, cuando el error o vicio perjudica al administrado, aquel será el único legitimado para pedir su revisión ante la misma autoridad o su superior jerárquico a través de la interposición de los recursos administrativos que prevé el ordenamiento jurídico para tal efecto. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, Pag.40)

Denominamos recurso administrativo a la manifestación de voluntad unilateral y recepticia del administrado por la cual dentro de un procedimiento iniciado contesta una decisión de la Administración que le causa agravio, exigiéndole revisar tal pronunciamiento, a fin de alcanzar su revocación o modificatoria. (Morón 2016, pág. 653).

Es así que los recursos administrativos, son aquellos mecanismos que utiliza el administrado a fin de solicitar la revisión de un acto administrativo que le causa agravio, a fin de que pueda ser modificado, sustituida o anulada.

“Solo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión” (Calderón, 2006, Pag.67).

Conforme al Artículo 207.1 de la LPAG, precisa que los recursos administrativos son: a) Recurso de reconsideración, b) Recurso de apelación y c) Recurso de revisión.

#### **4.1. Recurso de Reconsideración**

Establecido en el artículo 208 de LPAG, en la precisa que el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dicto el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

“El fundamento de este recurso radica en permitir que la misma autoridad que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir equivocaciones de criterio o análisis” (Urbina, 2016, pág. 663).

Por otro lado, la exigencia de que el administrado aporte una nueva prueba al interponer este recurso de reconsideración está referida a la presentación de un nuevo medio probatorio, que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de algunos puntos materia de controversia. Es un recurso opcional y su no interposición impide el ejercicio del recurso de apelación.

## 4.2. Recurso de Apelación

Establecido en el artículo 209 de la LPGA, en la cual señala que el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

Es el que se entabla ante una autoridad administrativa superior a quien se encuentra subordinado el funcionario público que dictó el acto administrativo que se impugna. Esa autoridad debe ser competente y puede anularlo, revocarlo o confirmarlo. Si se da el último caso, se puede recurrir a un funcionario público inmediatamente superior al último. (Calderón, 2006, pág. 68).

Es el recurso a ser interpuesto con la finalidad que el órgano jerárquicamente superior al emisor de la decisión impugnada revise y modifique la resolución del subalterno. Como busca obtener un segundo parecer jurídico de la Administración sobre los mismos hechos y evidencias, no requiere nueva prueba, pues se trata fundamentalmente de una revisión integral del procedimiento desde una perspectiva fundamentalmente de puro derecho. (Morón, 2016).

El mismo autor agrega que el presupuesto necesario del recurso de apelación es las relaciones de jerarquía, es decir que entre la autoridad que conoce el recurso, y aquella cuyo acto es controvertido, exista una relación de jerarquía, que permita al superior examinar sus actos, modificar y sustituirlos por otros correctos, suspenderlos o revocarlos. Procederá,

entonces, el recurso administrativo donde quiera que existan autoridades relacionadas por un vínculo jerárquico con potestad de control por parte del órgano superior sobre el inferior.

#### **4.3. Recurso de Revisión**

Establecido en el artículo 210 de la LPAG, en la cual precisa que excepcionalmente hay lugar a recurso de revisión, ante una tercera instancia de competencia nacional, si las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no son de competencia nacional, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

(Morón 2016, Pág. 670), precisa que el recurso de revisión es el medio impugnativo excepcional procedente contra actos administrativos firmes emanados de las entidades descentralizadas del poder, que es interpuesto ante una tercera autoridad gubernativa encargada de su tutela, para que con criterio unificador revoque, modifique o sustituya el acto administrativo recurrido. Agrega que la interposición de este recurso no es optativo sino constituye un recurso indispensable para agotarla vía, cuando nos encontramos ante una estructura descentralizada sujeta a una tutela estatal.

Conforme a la norma el recurso de revisión habrá de presentarse ante el mismo órgano que expidió la resolución, para que conminatoriamente eleve lo actuado al revisor, con todo el expediente organizado.

#### **4.4. Agotamiento de la Vía Administrativa**

Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el poder judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148° de la Constitución Política del Estado.

Es así que Marco Cabrera refiere que, generalmente, se emiten estos actos cuando la administración pública resuelve un recurso y la decisión causa estado, es decir, que ya no es susceptible de recurso alguno en sede administrativa, quedando abierta la vía jurisdiccional. En otros términos es la palabra final de la administración sobre un determinado asunto. (pág. 680).

En esa misma línea, Morón Urbina (agosto 2016) señala que, por regla del agotamiento de la vía administrativa, los administrados antes de acudir a cualquiera de los procesos judiciales, deben reconocer la competencia jurídica de la Administración Pública para conocer previamente sobre lo ocurrido en su ámbito. Y, que esta regla fija la frontera entre la vía judicial y la vía gubernativa, señalando el momento hasta el cual será exigible debatir el tema en el fuero administrativo y, como correlato, a partir de cuándo queda habilitado el administrado para acceder a la tutela judicial efectiva (Pag.688).

## **CAPITULO V: LA COSA DECIDIDA Y LA COSA JUZGADA EN EL AMBITO PROCESAL PERUANO**

### **5. La Cosa Decidida en el Derecho Procesal Administrativo**

(Ana calderón 2006), que en alguna época anterior se equiparó en el derecho administrativo los conceptos de cosa juzgada y cosa decidida, situación que no se presenta en la doctrina moderna.

Por la cual precisa que la cosa decidida es una institución que tiene por objeto otorgar seguridad jurídica en el ámbito prejudicial, es la cualidad que se atribuye a una resolución administrativa una vez cumplidas todas las etapas del procedimiento administrativo llegando a una decisión final que solo puede ser cuestionada en sede judicial a través del proceso contencioso administrativo.

La expresión causar estado se relaciona con esta institución, se utiliza dicho término para describir la situación de una resolución que adquiere firmeza, es decir, ya no es posible de reformarla de alguna manera por parte de la administración, de tal manera que la voluntad de la autoridad se expresa de manera definitiva.

Que en el derecho administrativo para referirse a la firmeza de las decisiones definitivas de la Autoridad Administrativa se utiliza el término “cosa decidida” o “cosa firme”, (...) siendo que los actos administrativos aun sean firmes siempre podrían ser modificados o revocados en sede autoridad administrativa (Morón Urbina, 2016).

Asimismo sostiene que la cosa decidida no es inmutable ni impugnabile que la propia LPAG prevé mecanismos para alterar la firmeza de los actos administrativos. Dichos mecanismos son: (i) la nulidad de oficio, (ii) la revocación; y (iii) el ejercicio del derecho constitucional de petición.

El mismo que concluye que: (i) si bien la cosa decidida es una variante de la cosa juzgada, no goza de las características de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada. El régimen de la nulidad y revocación de los actos administrativos, así como el ejercicio del derecho constitucional de petición de los administrados, así lo determinan; y (ii) es posible iniciar un nuevo procedimiento respecto a un aspecto decidido por la administración en un procedimiento anterior por la propia naturaleza jurídica de la cosa decidida.

La cosa decidida, en el ámbito administrativo, tiene como efecto principal que los actos firmes adquieren la condición de inamovibles en sede administrativa, ya que son pasibles de ser recurribles mediante la vía judicial vía judicial.

Para lo cual debemos de tener en cuenta que el acto que no es firme es el que puede ser impugnado, sea por vía administrativa a través de los recursos administrativos

### **5.1. La Cosa Decidida en el Ámbito del Derecho Procesal Penal**

Alfaro (2015), refiere que la garantía del ne bis in ídem tiene vigencia en el ámbito de la función fiscal a través de la institución de la cosa decidida en virtud de la cual las disposiciones fiscales que resuelven no ha lugar a formalizar denuncia posee estatus de inamovible (pág. 324).

Hurtado Poma (2018) al analizar el principio de Neb is Idem, Hace entender que una resolución Fiscal de “No ha lugar a formalizar denuncia penal” no se le puede negar el carácter de cosa decidida – prefiero llamarle cosa decidida fiscal para diferenciarlo de la cosa decidida a secas o administrativa que es impugnabile por el proceso contencioso administrativo a diferencia del primero que es inimpugnabile e inmutable – y seguidamente entre paréntesis consigna (cosa juzgada) de lo cual estamos de acuerdo, la resolución de archivo fiscal no es cosa juzgada, pero es semejante y con los

mismos efectos, que no permite una reapertura del caso sobre el cual ya existe una clausura definitiva .

## **5.2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional Acerca de la Cosa Decidida.**

El tribunal constitucional del Perú, se pronunció en el Exp. N° 6081-2005-PHC/TC (caso Alonso Leonardo Esquivel Cornejo) que una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que la demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos. No obstante, dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de “no ha lugar a formular denuncia penal” por parte del fiscal, se refiere a que el hecho no constituye delito, es decir, carecen de ilicitud penal. (...) este tribunal afirma que la decisión fiscal de “No ha lugar a formalizar denuncia penal” en los términos precisados anteriormente, genera un estatus de inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: a) La posición constitucional del Ministerio Público, lo encubra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159° del a Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; b) si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de cosa decidida que les hace plausible de seguridad jurídica.

En el Expediente N° 2725-2008.PHC/TC, reconoce la naturaleza constitucional de la garantía de la cosa decidida en sede fiscal, afirmando que “(...) las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los representantes del Ministerio Público, no constituyen en estricto cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales. No obstante a ello, este colegiado ha reconocido el Status de inamovible o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal. (STC 2725-2008-PHC/TC).

Por otro lado también se precisó que no constituirá cosa decidida las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o, b) cuando la investigación ha sido deficientemente realizada (Exp. N° 2110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (Caso Wilber Medina Barcena).

El Tribunal Constitucional ha señalado en precedente sentencia (Exp. N° 0413-2000-AA/TC. Fojas 3. Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), que el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Por lo tanto, el acto administrativo ha adquirido firmeza, por cuanto ya no puede ser cuestionada en el procedimiento contencioso administrativo u otro análogo, advirtiéndose que

hacerlo implicaría una transgresión al Principio de Seguridad Jurídica, principio que se erige como una garantía para los administrados y/o justiciables, el cual abarca entre otros aspectos la certeza que estos tengan que su situación jurídica no sea modificada por procedimientos o conductos legales establecidos, criterio que ha sido adoptado por esta Sala de la Corte Suprema en la Casación N° 03072-2010-Lima de fecha 14 de mayo de 2013.

### **5.3. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional de la Cosa Juzgada.**

En los pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú encontramos una variedad de pronunciamientos diferenciando la Cosa Juzgada Judicial y la Cosa Juzgada Constitucional.

Una de las garantías de la impartición de justicia consagrada por la Constitución es *la inmutabilidad de la cosa juzgada*. Al respecto, la Constitución, en su artículo 139°, inciso 2), establece que: “[N]inguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”.

El Tribunal al dotar de contenido a dicho atributo ha sostenido que mediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado

sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó. (Cfr. Exp. N.º 4587-2004-AA/TC, fundamento 38).

Asimismo se ha afirmado que el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139º, inc. 3, Const.) Garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello, se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que detentan la calidad de cosa juzgada (art. 139º, inc. 2, Const.). (Cfr. Exp. N.º 1569-2006-AA/TC, fundamento 4).

De acuerdo con lo señalado este principio de cosa juzgada que rige la función jurisdiccional le otorga al fallo judicial la calidad de indiscutible –ya que constituye decisión final-, a la par que garantiza al justiciable la certeza de que su contenido permanecerá inalterable, independientemente de si el pronunciamiento expedido haya sido favorable o desfavorable para quien promovió la acción.

En tales circunstancias lo que corresponde al órgano jurisdiccional es ajustarse a lo juzgado en un *proceso* anterior cuando tenga que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), respecto de los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en

consecuencia, un antecedente lógico respecto a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento.

Por ello al igual que en anterior oportunidad se reitera que, (Exp. N.º 1279-2003-HC/TC, Caso Navarrete Santillán) “[l]o establecido en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso, debe ser respetado, y no puede ser objeto de nueva revisión, salvo las excepciones previstas”. Así el derecho a la cosa juzgada guarda íntima relación con la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, ambos atributos consagrados expresamente y de manera autónoma en el artículo 139.º.2 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, en su STC 19º 0054-2004-PI/TC, ha señalado expresamente que (..) Vulnera la cosa juzgada de las resoluciones judiciales el hecho de que se distorsione el contenido de las mismas, o la interpretación 'parcializada' de sus fundamentos. (...) De este modo, toda 'práctica' o 'uso' que tenga por fin distorsionar el contenido de una resolución que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, debe ser sancionada ejemplarmente, debiendo comprenderse en la sanción no solo a la institución de la que emana la decisión, sino precisamente a quienes actúan en su representación.

El Tribunal Constitucional, en el EXP. N.º 01939-2011-PA/TC CUSCO, preciso que la ejecución en sus propios términos de las sentencias funciona, además, como una garantía a favor de las partes procesales. En ese sentido, bien puede afirmarse que la ejecución sin alteración de los términos del fallo “es una garantía para las partes, tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por

sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado.

Por su parte la doctrina jurisprudencial de este Tribunal ha comprendido que el derecho a la ejecución de resoluciones constituye parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. Concordante con ello, en las SSTC N°s 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI este Colegiado ha dejado establecido que “[e]l derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...) El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido”. [Fundamento 11]. En esta misma línea de razonamiento se ha precisado en otra sentencia que, “la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela”, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que, “el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución. (Exp. N° 4119-2005-AA/TC, fundamento 64).

#### **5.4. Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En el Informe N° 1/95 CASO 11.006 Perú 7 de febrero de 1995, la comisión considera que la decisión del fiscal no promoviendo la acción penal

mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituye delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional—como toda actividad del Ministerio Público en el proceso--- que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme.

Asimismo precisa que al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con carácter prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión.

**TITULO III**  
**ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

### 3. Descripción de los resultados

#### 3.1. Resultados de las encuestas realizadas a los fiscales de las fiscalías penales corporativas del distrito fiscal de Ayacucho.

**Tabla N° 1: Sobre la actuación del fiscal en la investigación preliminar**

Pertenece al Ámbito Administrativo	Cantidad	Porcentaje
Si	2	10%
No	18	90%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ No es un acto Administrativo, sino son actos propios en el marco de una investigación.
- ✓ Los actos que emite el fiscal no son actos administrativos, sino actos fiscales.
- ✓ El fiscal realiza actuaciones como órgano autónomo.
- ✓ Porque es el campo de actuación del Ministerio Público y no se puede equipararse al ámbito administrativo.
- ✓ Debido a que las actuaciones a nivel preliminar que efectúa el Representante del Ministerio Público se encuentra dentro del proceso penal.
- ✓ Porque el fiscal no ejerce función administrativa, ya que como organismo autónomo sus funciones principales son la defensa de la legalidad, los derechos civiles y los intereses públicos, asimismo es el titular de la acción penal.
- ✓ No porque es de otra naturaleza y es la de pre jurisdiccional distinta la administrativa.
- ✓ Porque es una fase de recolección de elementos de cargo y descargo.
- ✓ Pertenece al sistema fiscal.

- ✓ Porque son actos propios del fiscal.
- ✓ Es de naturaleza fiscal.
- ✓ Es cuasi-jurisdiccional.

**Tabla N° 2: Sobre la Disposición de Archivo fiscal por Atipicidad una vez consentida.**

Tiene carácter inamovible en el ámbito fiscal	Cantidad	porcentaje
Si	20	100%
No	0	0%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ Por la seguridad jurídica.
- ✓ Por el Principio de legalidad y objetividad.
- ✓ No existe otra vía una vez que quede consentida.
- ✓ Porque la constitución política le reconoce ciertas prerrogativas.

**Tabla N° 3: Sobre la Disposición de Archivo fiscal por Atipicidad una vez consentida.**

Tiene carácter inmodificable en el ámbito fiscal	Cantidad	porcentaje
Si	18	90%
No	2	10%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ Por seguridad jurídica a las partes.
- ✓ Puede ser modificada cuando se vulnera derechos fundamentales.

- ✓ No hay otro proceso que la modifique, salvo los procesos constitucionales de amparo.
- ✓ Porque no se puede investigar a la misma persona otra vez por el mismo delito ya investigado.

**Tabla N° 4: la Disposición de Archivo por atipicidad una vez consentida.**

Es posible de ser revisado por el órgano jurisdiccional	Cantidad	porcentaje
Si	4	20%
No	16	80%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ Sí, siempre y cuando el agraviado acuda a los órganos jurisdiccionales por los procesos constitucionales.
- ✓ No es jurisdiccional
- ✓ Por seguridad jurídica en las partes.
- ✓ Para garantizar a las partes.
- ✓ No porque no existe ningún recurso impugnatorio, salvo de forma excepcional los procesos constitucionales.
- ✓ Solo se da cuando se vulnera un derecho fundamental.
- ✓ Por falta de motivación de la disposición y por vulnerar un derecho fundamental.
- ✓ Las decisiones fiscales tienen similares efectos de cosa juzgada, ya que al haber sido emitida por órgano autónomo no son susceptibles de revisión.
- ✓ Por su característica general de inamovilidad.

**Tabla N° 5: sobre la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida**

Tiene carácter de inimpugnabilidad en el ámbito fiscal	Cantidad	porcentaje
Si	12	60%
No	8	40%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ No, porque siempre está la garantía constitucional de pluralidad de instancias.
- ✓ No, porque hay excepciones.
- ✓ De acuerdo al Código Procesal penal, ya no hay algún recurso impugnatorio cuando la disposición de archivo fiscal por atipicidad queda consentida.
- ✓ Si, para garantizar a las partes.
- ✓ No, porque ya está consentida.

**Tabla N° 6: Sobre la Disposición de Archivo por atipicidad una vez consentida.**

Tiene carácter de inmutabilidad en el ámbito fiscal?	Cantidad	porcentaje
Si	9	45%
No	11	55%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ No, porque puede ser modificado a través de un proceso constitucional.
- ✓ Si, para garantizar a las partes.
- ✓ Si, por que ya no se puede investigar otra vez por los mismos hechos a la misma persona.
- ✓ No, debido a sus requisitos típicos.

- ✓ No, porque podría cambiarse el sentido de la decisión recurriendo a un proceso de amparo.
- ✓ Sí, porque se encuentra consentida.
- ✓ No, si es pasible a modificarse.

**Tabla N° 7: Sobre la Disposición de Archivo por atipicidad una vez consentida.**

Tiene carácter de coercibilidad en el ámbito fiscal?	Cantidad	porcentaje
Si	0	0%
No	20	100%
Total	20	100%

**Fuente:** Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ No, porque no es un sentencia.
- ✓ No, porque solo es una calificación jurídica de los hechos investigados.
- ✓ No, porque la disposición fiscal no es una normativa jurídica.
- ✓ No es ejecutable.
- ✓ No es una resolución que ponga fin a un conflicto de intereses.
- ✓ No es cosa juzgada.
- ✓ Porque no tiene carácter jurisdiccional.

**Tabla N° 8: Sobre la Disposición de Archivo por atipicidad una vez consentida.**

Tiene carácter de exclusividad del Ministerio Público	Cantidad	porcentaje
Si	0	0%
No	20	100%
Total	20	100%

**Fuente:** Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ Porque su desempeño está reconocida por la constitución política del Perú.
- ✓ Por ser actos propios del fiscal.

- ✓ Por su actuación propia a nivel preliminar.
- ✓ Porque no es administrativo ni jurisdiccional.
- ✓ Porque se emite en el marco de las diligencias preliminares mediante un acto fiscal.

**Tabla N° 9: Sobre la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida.**

Es de naturaleza propia de la fiscalía por que dicha entidad es autónoma	Cantidad	porcentaje
Si	20	100%
No	0	0%
Total	20	100%

**Fuente:** Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ Sí, porque son actuaciones exclusivas del RMP.
- ✓ Porque es un órgano constitucional.
- ✓ Por tener reconocimiento constitucional.
- ✓ Sí, porque es una atribución propia del fiscal.
- ✓ Sí, porque no depende de ningún otro órgano que administre justicia.
- ✓ Si, por el principio de legalidad, ya que la fiscalía actúa autónomamente en la investigación de un delito.
- ✓ Sí, porque es ajena al órgano jurisdiccional y administrativa.

**Tabla N° 10: Sobre la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida.**

Es de naturaleza propia de la fiscalía por que dicha entidad es titular de la acción penal	Cantidad	porcentaje
Si	20	100%
No	0	0%
Total	20	100%

**Fuente:** Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ Sí, porque es quien dirige y emite los actos a realizarse en la investigación preliminar.
- ✓ Si, por que es el fiscal quien emite dicho acto de acuerdo a sus funciones.
- ✓ Si, por qué está reconocida por la Constitución Política del Perú.

**Tabla N° 11: Sobre la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida**

Es de naturaleza propia de la fiscalía porque es un acto exclusivo del fiscal	Cantidad	porcentaje
Si	20	100%
No	0	0%
Total	20	100%

**Fuente:** Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ Si, por ser actos propios del RMP.
- ✓ Si, por que se emite en el marco de sus actuaciones.
- ✓ Sí, porque el fiscal es quien decide qué hecho constituye delito o no.
- ✓ Sí, porque no es un acto administrativo ni jurisdiccional.

**Tabla N 12: Sobre la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida**

Es de naturaleza propia de la fiscalía por ser defensor de la legalidad.	Cantidad	porcentaje
Si	20	100%
No	0	0%
Total	20	100%

**Fuente:** Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ Sí, porque tiene que cumplir con los requisitos establecidos en el código procesal penal y otras al calificar los hechos denunciados.

- ✓ Porque es un parámetro para que el fiscal actué acorde a ley.
- ✓ Sí, porque tiene que cumplir ciertos requisitos establecidos en el CPP para calificar los hechos denunciados como delito para proceder a formalizar la denuncia.
- ✓ Si, por el principio de legalidad y objetividad.

**Tabla N 13: Sobre el criterio que recomienda la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que la disposición fiscal por atipicidad es un acto de esencia típicamente jurisdiccional que adquiere el carácter inmutable e irreproducible**

Está de acuerdo	Cantidad	porcentaje
Si	0	0%
No	20	100%
Total	20	100%

**Fuente:** Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril – 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ No, pero se le podría equiparar a un acto jurisdiccional en el ámbito fiscal, por los efectos que tiene la disposición de archivo por atipicidad.
- ✓ No es jurisdiccional.
- ✓ No, es cosa jurisdiccional, el caso no está judicializado.
- ✓ No, porque las investigaciones preliminares se desarrollan en el ámbito fiscal.
- ✓ No es un órgano jurisdiccional.
- ✓ No es jurisdiccional, sino pre jurisdiccional.
- ✓ No es cosa juzgada, tiene otra naturaleza.
- ✓ Es de otra naturaleza.
- ✓ No es un acto jurisdiccional.

**Tabla N° 14: Sobre el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional del Perú al reconocer que la disposición fiscal por atipicidad tiene un Status inamovible o Cosa Decidida**

Está de acuerdo	Cantidad	porcentaje
Si	9	45%
No	11	55%
Total	20	100%

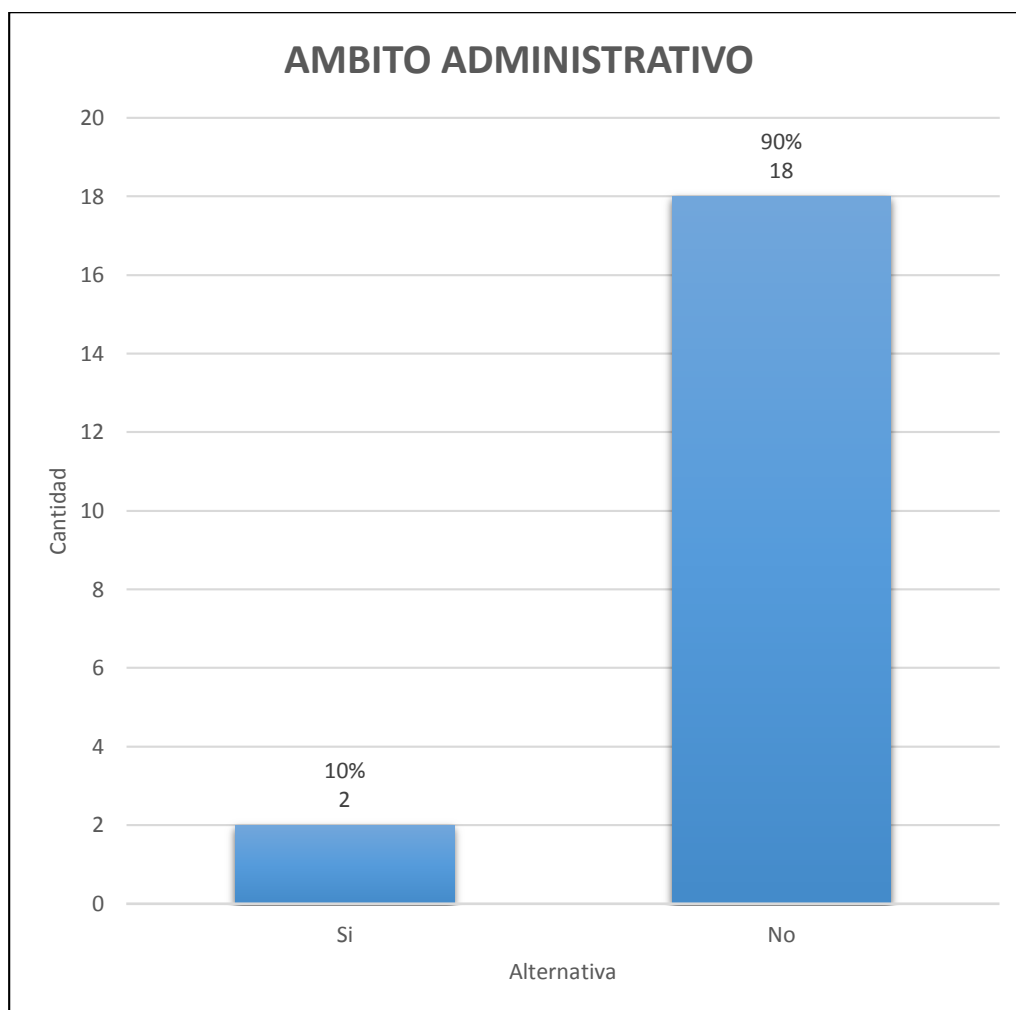
**Fuente:** Encuesta aplicada a fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Ayacucho abril - 2019.

Justificaron su respuesta de la siguiente manera:

- ✓ No, tiene otra naturaleza legal vinculada a la cláusula general de titularidad de la acción penal.
- ✓ Si, podría darse ese calificativo, porque el término no está debidamente definido, pero en la investigación fiscal tiene otro matiz al igual que la cosa juzgada en el órgano jurisdiccional.
- ✓ Es cosa decidida.
- ✓ No, status inamovible sí; tiene otra naturaleza propia de acuerdo a su actuación a nivel preliminar.
- ✓ Es de Naturaleza propia.
- ✓ No debe equipararse a la cosa decidida a nivel administrativo, ya que tiene su propia naturaleza.
- ✓ Es de naturaleza fiscal.
- ✓ Es de naturaleza pre jurisdiccional.
- ✓ Tiene una naturaleza propia al ser emitido por un órgano autónomo, pero no debe equipararse a la naturaleza administrativa.
- ✓ Es de naturaleza inamovible.
- ✓ Si pero se trata de una cosa decidida sui generis, por ser un acto cuasi jurisdiccional del Ministerio Público.

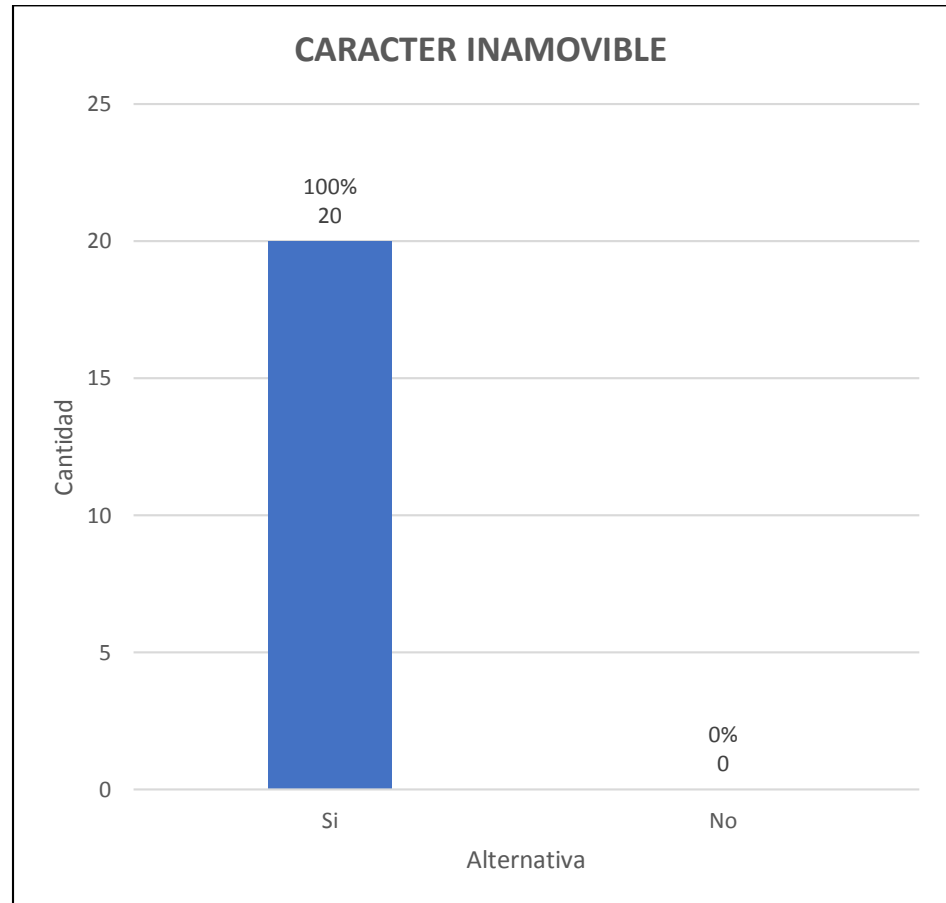
### 3.2. Datos Estadísticos

#### 3.2.1. Figura N° 01: Indicadores de opinión acerca de la Actuación Fiscal en las Investigaciones Preliminares



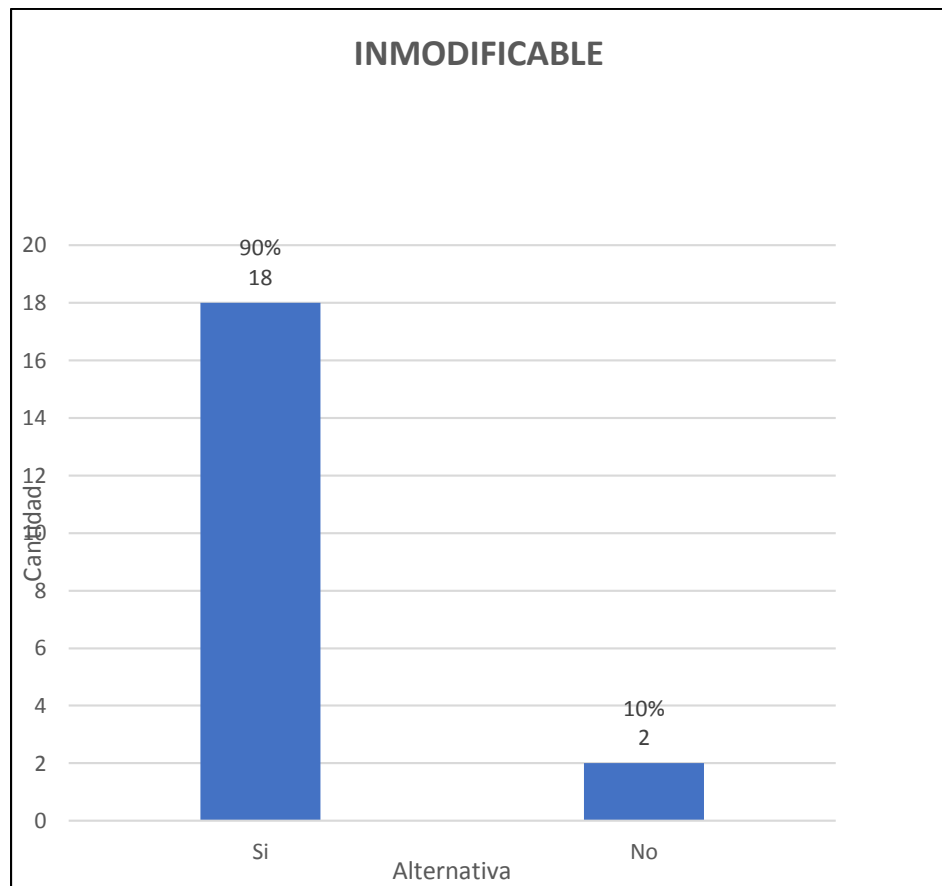
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 10% de ellos afirman que el desempeño del Ministerio Público en la investigación Preliminar pertenece al ámbito administrativo.
- ✓ De los 20 Fiscales Provinciales de la Fiscalía Penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 90% de ellos afirma que el desempeño del Ministerio Público en la investigación preliminar no pertenece al ámbito administrativo.

**3.2.2. Figura N° 02: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de Archivo Fiscal por atipicidad una vez consentida tiene carácter inamovible.**



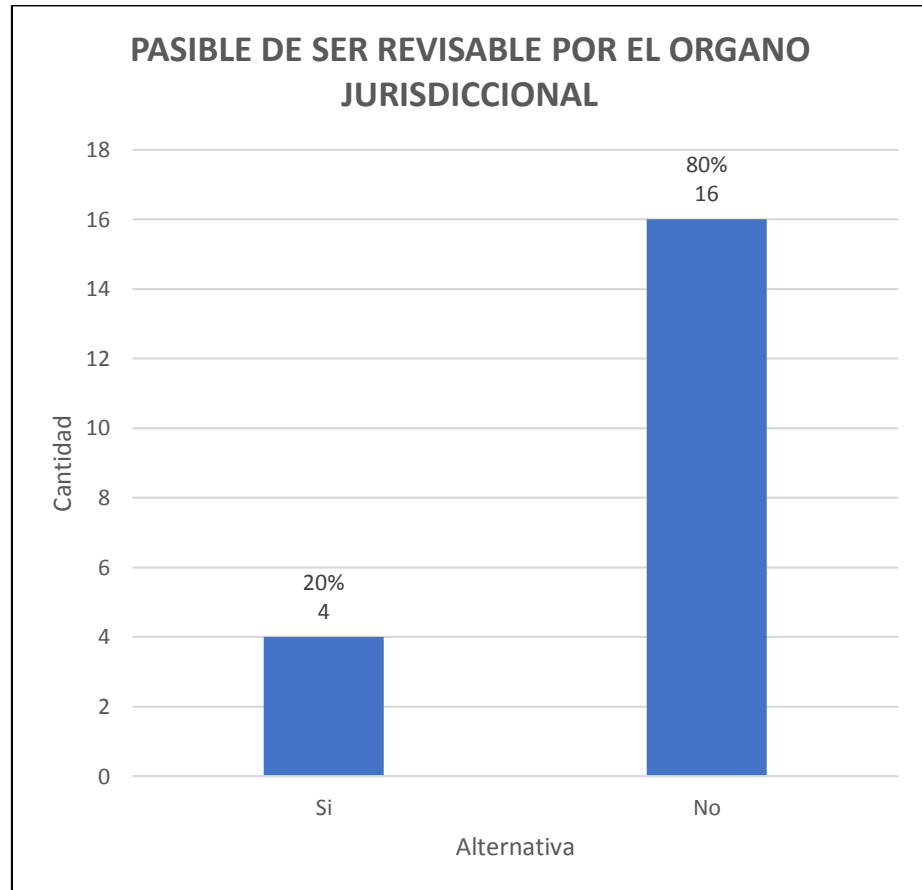
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 100% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida si tiene carácter inamovible.
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 0% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida no tiene carácter inamovible.

**3.2.3. Figura N° 03: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de archivo fiscal por Atipicidad una vez consentida tiene carácter inmodificable.**



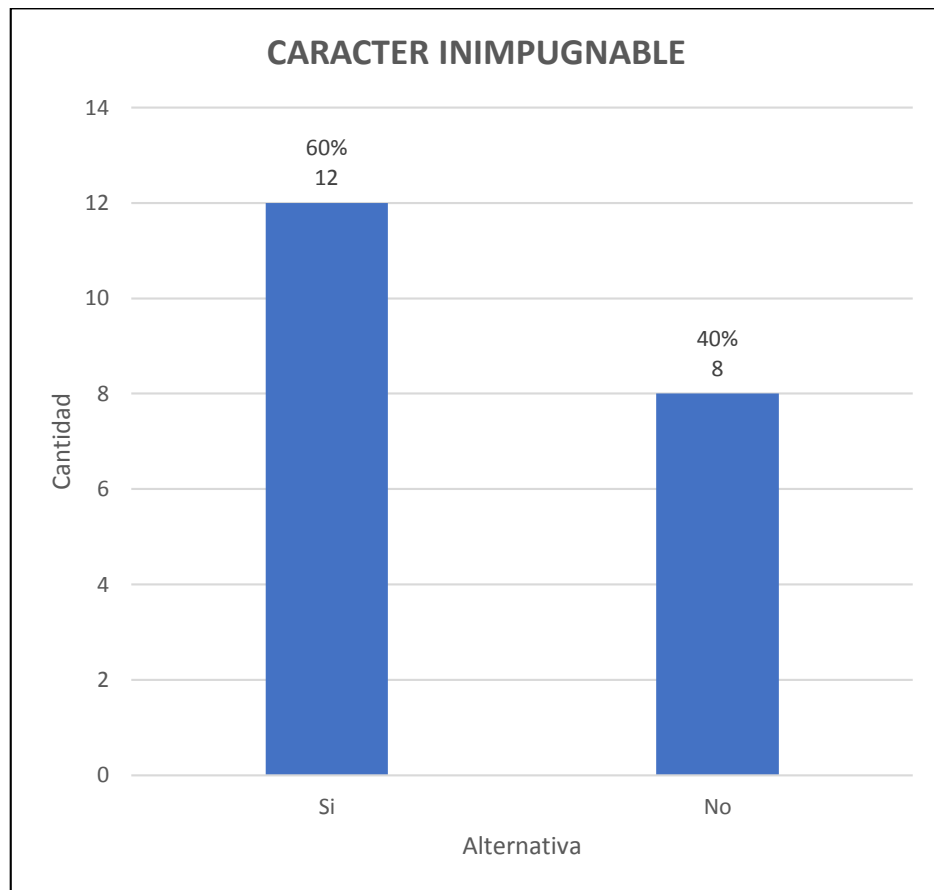
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 90% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida si tiene carácter inmodificable.
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 10% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida no tiene carácter de inmodificable.

**3.2.4. Figura N° 04: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez consentida tiene es pasible de ser revisado por el Órgano Jurisdiccional.**



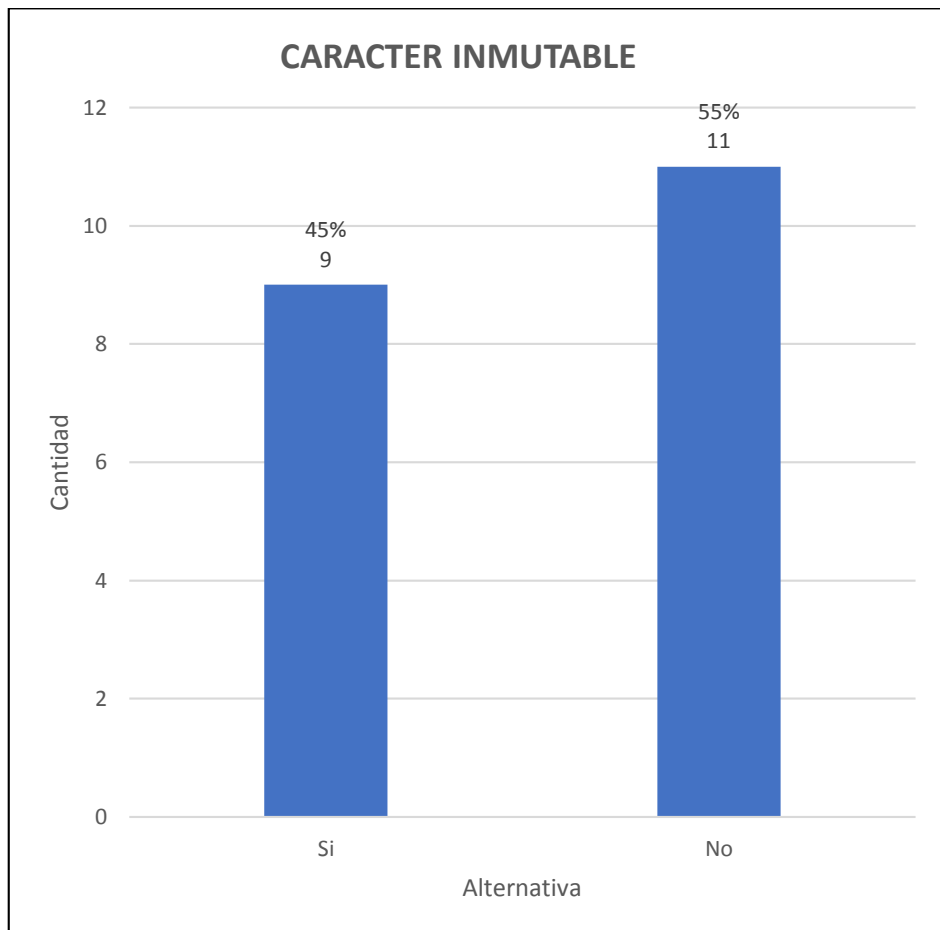
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 20% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad es pasible de ser revisable por el Órgano Jurisdiccional.
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 80% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal No es pasible de ser revisable por el Órgano Jurisdiccional.

**3.2.5. Figura N° 05: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez consentida tiene carácter inimpugnable.**



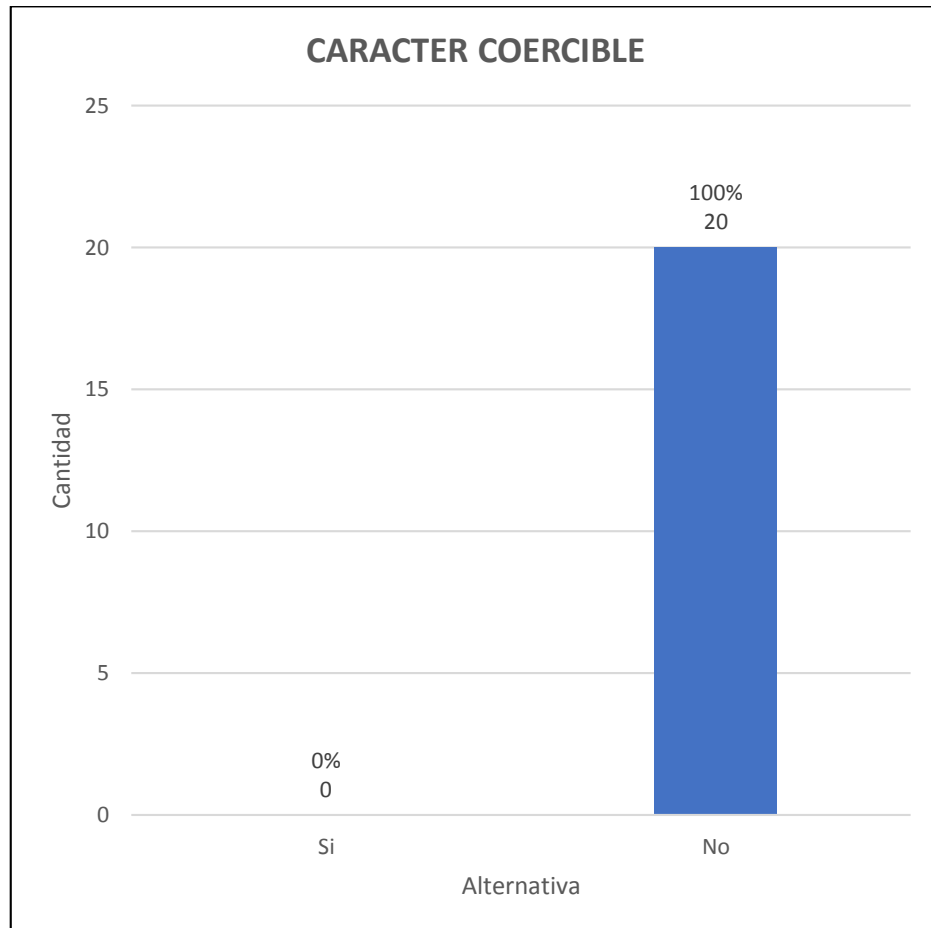
- ✓ De los 20 Fiscales Provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 60% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida si tiene carácter inimpugnable.
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 40% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida no tiene carácter inimpugnable.

**3.2.6. Figura N° 06: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez consentida tiene carácter inmutable.**



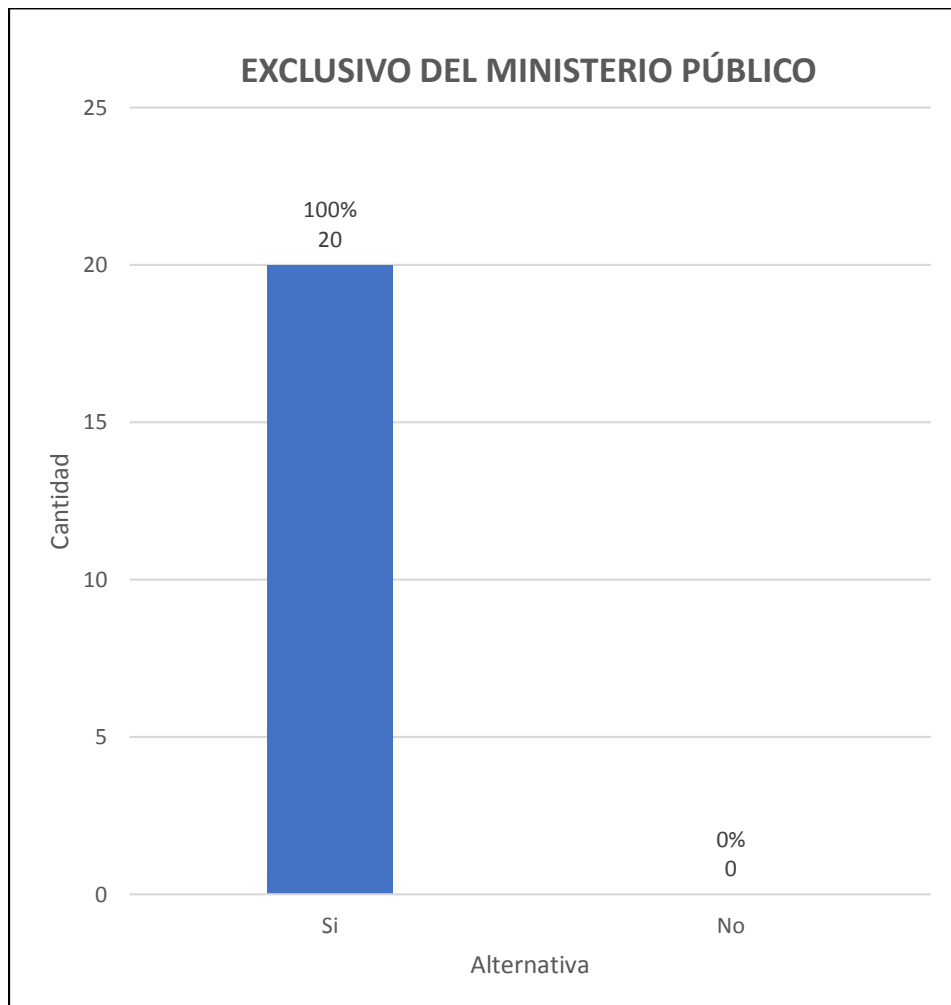
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 45% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida si tiene carácter inmutable.
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 55% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida no tiene carácter inmutable.

**3.2.7. Figura N° 07: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez consentida tiene carácter Coercible.**



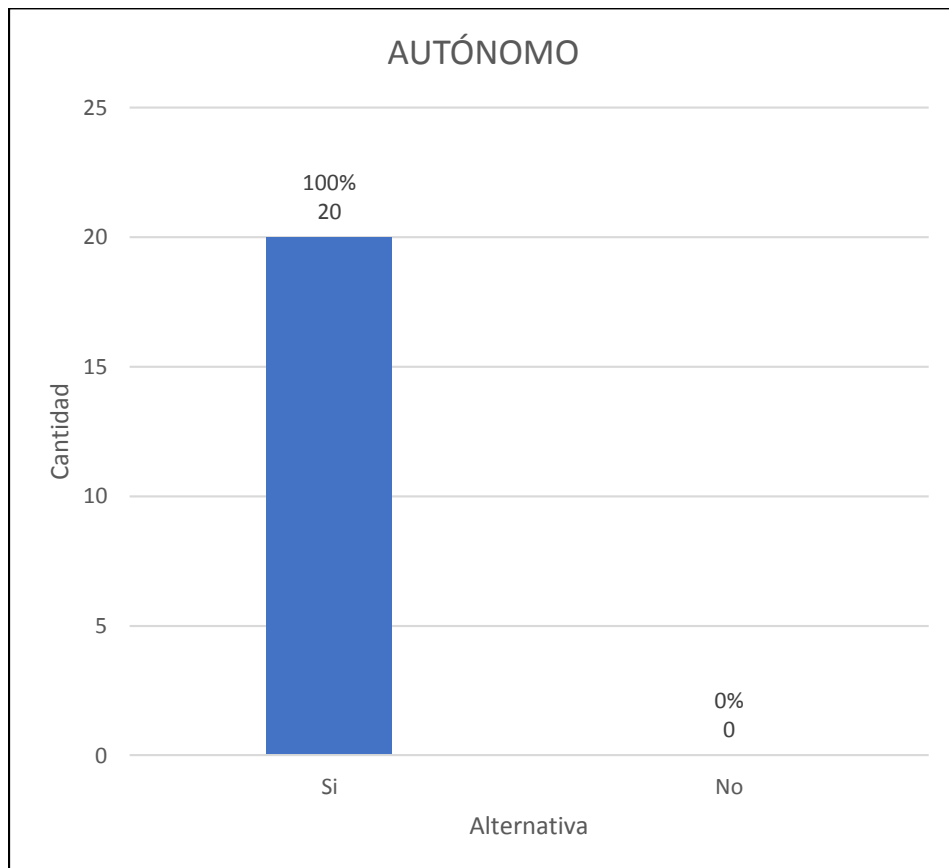
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 0% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida si tiene carácter Coercible.
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 100% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida no tiene carácter Coercible.

**3.2.8. Figura N° 08: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez consentida tiene carácter de exclusividad del Ministerio Público.**



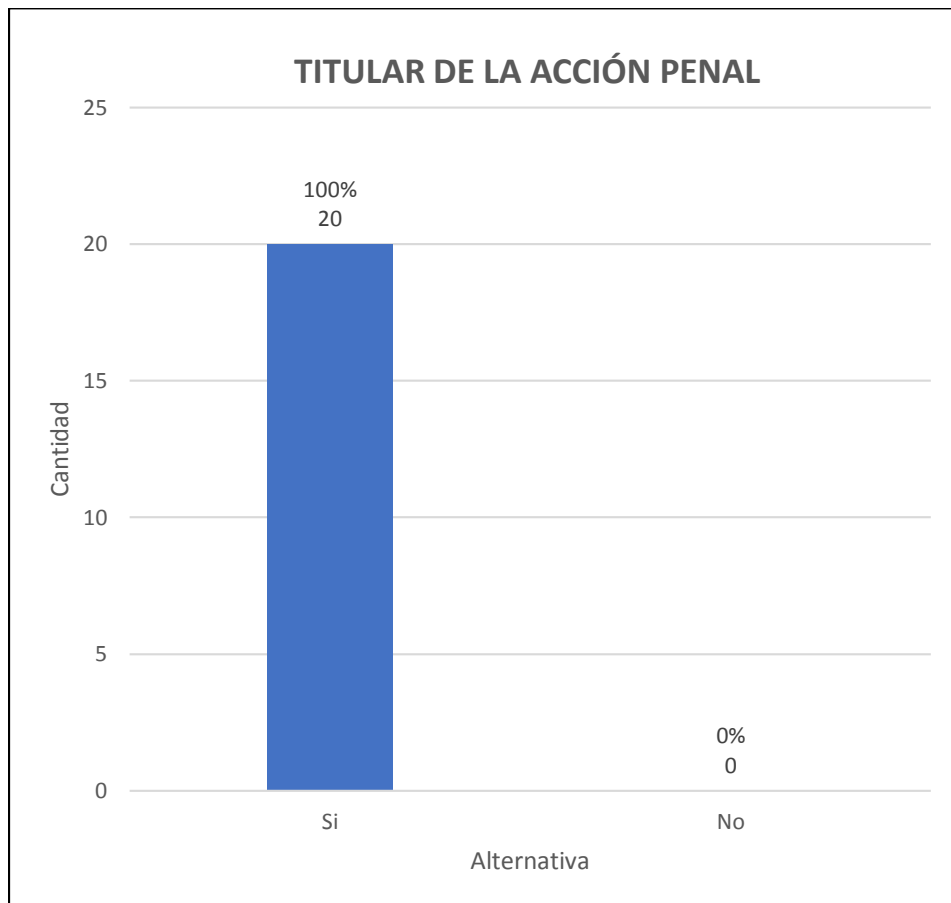
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 100% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida es Exclusivo del Ministerio Público.
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 0% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida no es exclusivo del Ministerio Público.

**3.2.9. Figura N° 09: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez consentida es de naturaleza propia del Ministerio Público porque entidad es autónoma.**



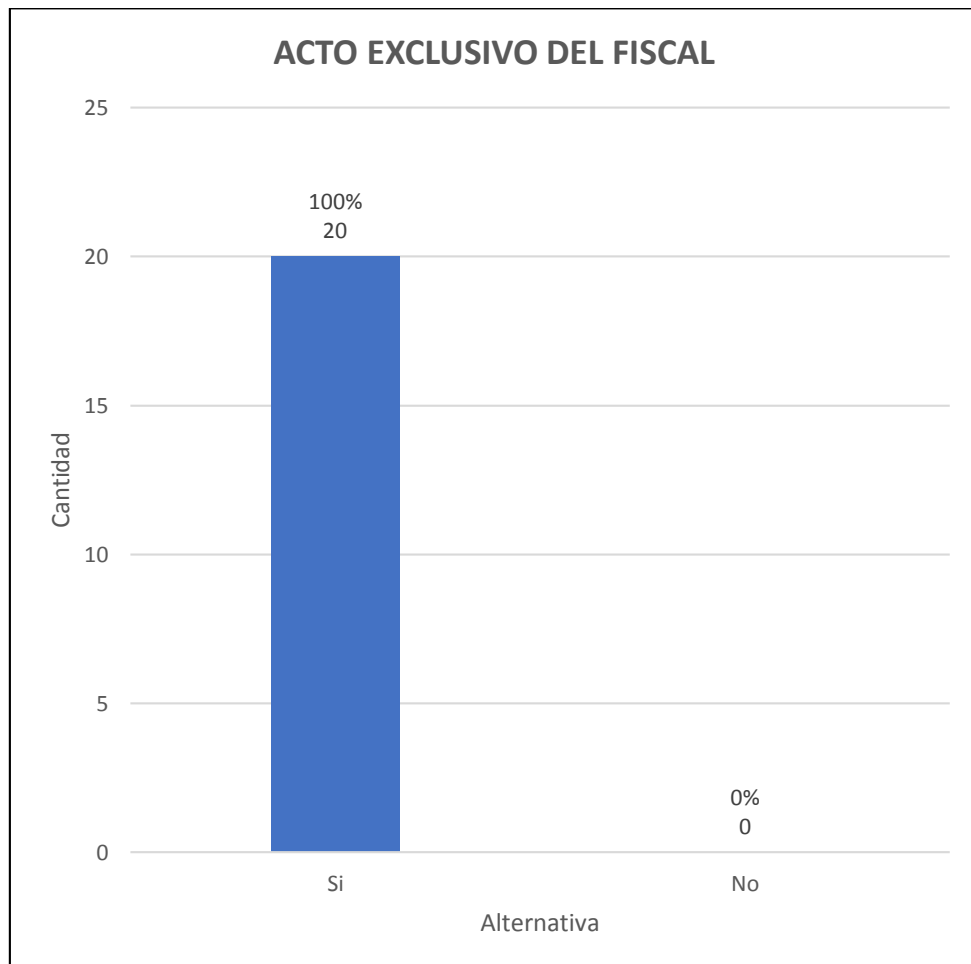
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 100% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida es de naturaleza propia por cuanto el Ministerio Público es Autónomo.
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 0% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida no es de naturaleza propia por cuanto el Ministerio Público es Autónomo.

**3.2.10. Figura N° 10: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez consentida es de naturaleza propia del Ministerio Público por que dicha entidad es el titular de la Acción Penal.**



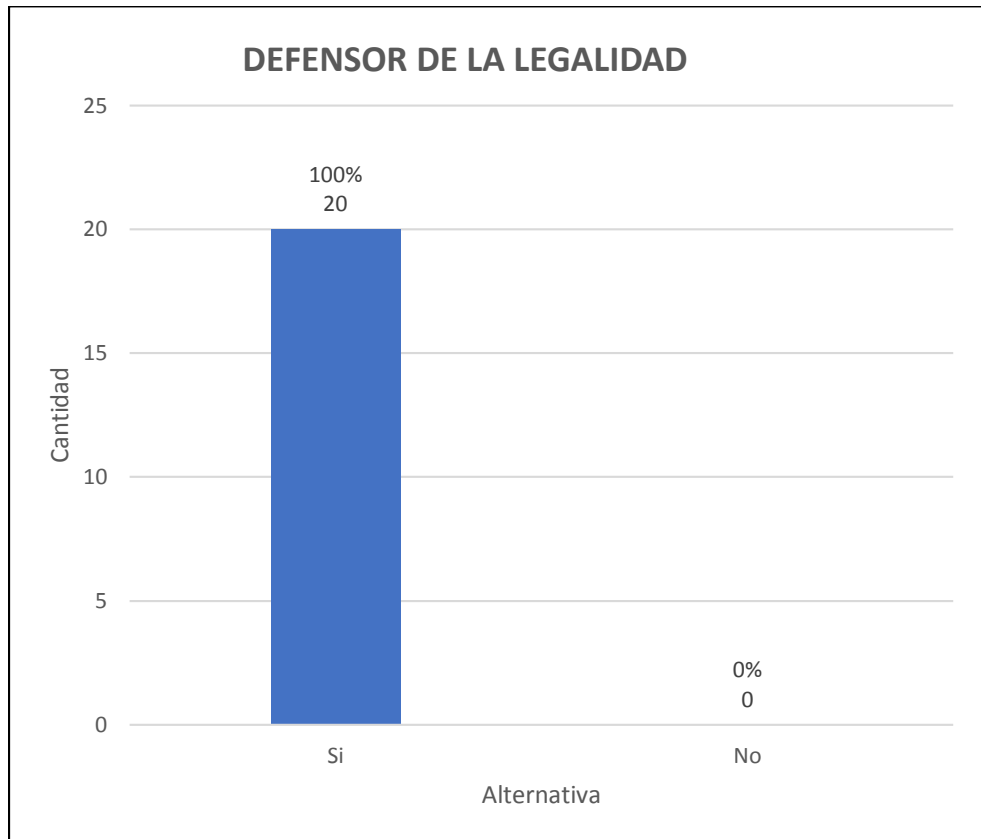
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 100% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida es de naturaleza propia por cuanto el Ministerio Público es Titular de la Acción Penal.
- ✓ De los 20 fiscales provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 0% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida no es de naturaleza propia por cuanto el Ministerio Público es Titular de la Acción Penal.

**3.11.Figura N° 11: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez consentida es de naturaleza propia de la fiscalía porque es un acto exclusivo del fiscal.**



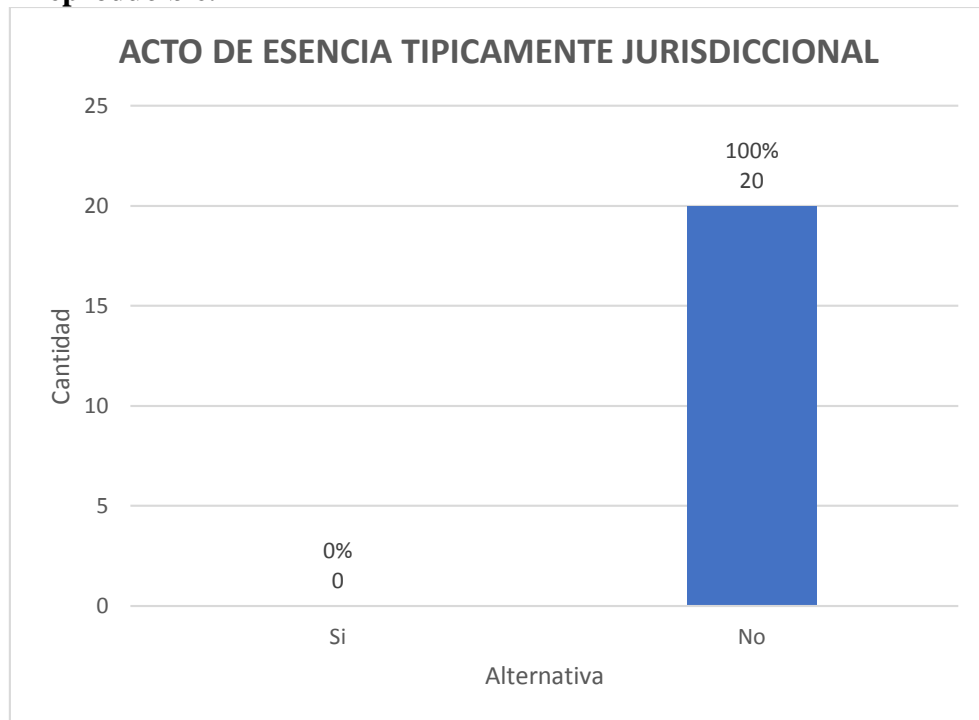
- ✓ De los 20 Fiscales Provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 100% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida es de naturaleza propia por cuanto es un acto exclusivo del fiscal.
- ✓ De los 20 Fiscales Provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 0% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida es de naturaleza propia por cuanto es un acto exclusivo del fiscal.

**3.12. Figura N° 12: Indicadores de opinión acerca de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez consentida es de naturaleza propia de la fiscalía por ser defensor de la legalidad.**



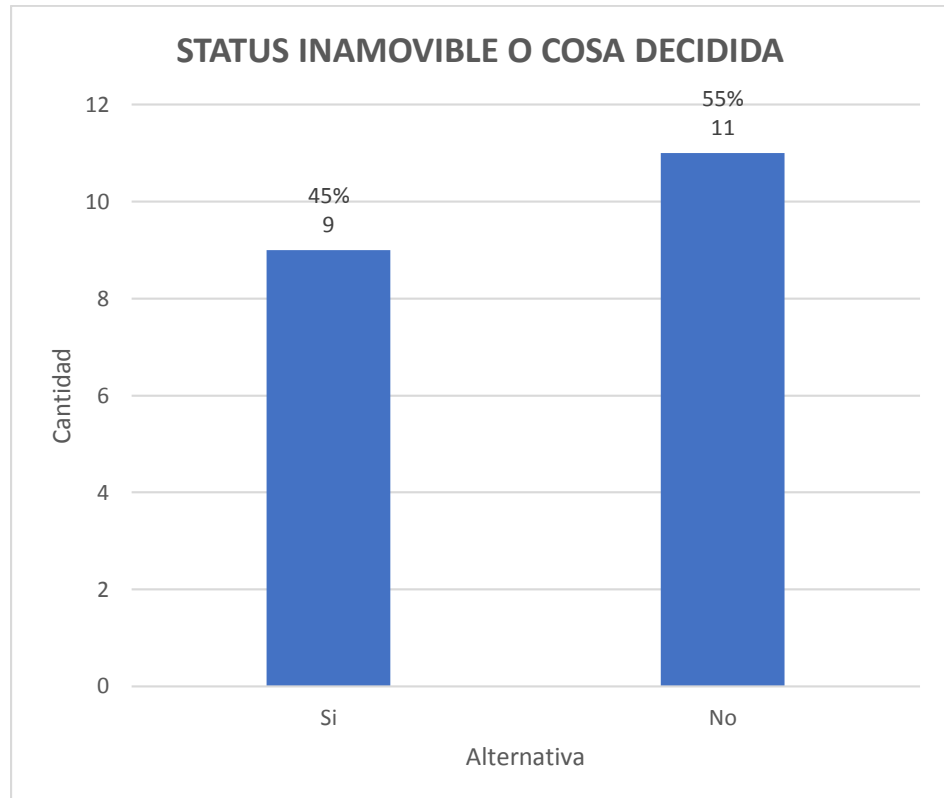
- ✓ De los 20 Fiscales Provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 100% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida es de naturaleza propia por cuanto el Ministerio Público es Defensor de la Legalidad.
- ✓ De los 20 Fiscales Provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 0% de ellos afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad una vez consentida es de naturaleza propia por cuanto por cuanto el Ministerio Público es Defensor de la Legalidad.

**3.13. Figura N° 13: Indicadores de opinión, si está de acuerdo con el criterio que recomienda la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que la disposición fiscal por atipicidad es un acto de esencia típicamente jurisdiccional que adquiere el carácter inmutable e irreproducible.**



- ✓ De los 20 Fiscales Provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 0% de ellos afirman que si están de acuerdo con el criterio que recomienda la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que la disposición fiscal por atipicidad es un acto de esencia típicamente jurisdiccional que adquiere el carácter inmutable e irreproducible.
- ✓ De los 20 Fiscales Provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 100% de ellos afirman que no están de acuerdo con el criterio que recomienda la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que la disposición fiscal por atipicidad es un acto de esencia típicamente jurisdiccional que adquiere el carácter inmutable e irreproducible.

**3.14. Figura N° 14: : Indicadores de opinión, si está de acuerdo con el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional del Perú al reconocer que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad tiene un Status Inamovible o Cosa Decidida.**



- ✓ De los 20 Fiscales Provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 45% de ellos afirman que si están de acuerdo con el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional del Perú, al establecer que la disposición fiscal por atipicidad tiene un Status Inamovible o Cosa Decidida.
- ✓ De los 20 Fiscales Provinciales de la Fiscalía penal Corporativa del Distrito Fiscal de Ayacucho, el 55% de ellos afirman que no están de acuerdo con el criterio que recomienda la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que la disposición fiscal no tiene un Status Inamovible o Cosa Decidida.

### 3.3. Análisis de las Carpetas Fiscales que contienen Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.

Que para la presente investigación se tiene como población las Disposiciones de Archivo por atipicidad en el periodo de enero a diciembre de 2018, para lo cual luego de revisarse en los legados de Disposiciones de Archivo, se encontró 05 Disposiciones de Archivo por atipicidad, las cuales fueron examinadas mediante la Ficha de Observación documental, teniendo el siguiente resultado:

#### 3.3.1. Carpeta Fiscal N° 136-2018

**Delito:** Agresiones en contra de las Mujeres

**Fecha de Inicio:** 24 de noviembre de 2017.

**Estado Actual:** Archivo consentido.

**Fecha de la Disposición de Archivo:** 25 de enero de 2018.

**Hechos denunciados:** La agraviada Enedina Carbajal de gamarra señala que el día 24 de noviembre de 2017, a las 19:00 horas aproximadamente, cuando se encontraba en el interior de su domicilio fue agredida psicológicamente por su ex conviviente Julio Gamarra Rivera quien se encontraba en aparente estado de ebriedad, quien la insulto con palabras denigrantes y soeces.

#### **Fundamentos Jurídico Normativo de la Disposición en atención a las facultades del Ministerio Público:**

- ✓ Órgano Constitucionalmente Autónomo.
- ✓ Titular de la Acción Penal.
- ✓ Defensor de la Legalidad

#### **Fundamentos por que el hecho denunciado no constituye delito:**

- ✓ De la revisión de los actuados la agraviada Enedina Carbajal Gamarra refirió no haberse practicado el Examen Psicológico.
- ✓ No tener indicadores de afectación emocional o algún tipo de daño psicológico.

#### **Estructura:**

Vistos, I Hechos Denunciados; II Fundamentación (Atribuciones del Ministerio Público y Análisis Jurídico) y III Conclusión.

#### **Características que presenta esta Disposición:**

Es Autónoma, Legal, Objetivo y propio del fiscal.

### 3.3.2. Carpeta Fiscal N° 1506-2018

**Delito:** Sustracción de Menor de Edad.

**Fecha de Inicio:** 18 de julio de 2018.

**Estado Actual:** Archivo Consentido.

**Hechos denunciados:** La agraviada Carmen Rosa Quisuruco Mallqui señala que el día 18 de julio de 2018, su exconviviente Felipe Guerra Ccaico, aprox. A las 11:00 horas se llevó sin permiso ni comunicación alguna a sus menores hijos Nelson, Wilber, Wilberto, Alberto y Rayda desde el Centro Poblado de Hospicio-Distrito de Paras, hacia la ciudad de Ayacucho en una mototaxi de color verde, siendo que hasta la fecha desconoce el paradero de sus menores hijos.

**Fundamentos Jurídico Normativo de la Disposición en atención a las facultades del Ministerio Público:**

- ✓ Órgano Constitucionalmente Autónomo.
- ✓ Titular de la Acción Penal.
- ✓ Defensor de la Legalidad.
- ✓ Actúa a oficio o a instancia de parte.

**Fundamentos por que el hecho denunciado no constituye delito:**

- ✓ De la revisión de los actuados, se tiene que la agraviada se retiró del domicilio conyugal el 22 de febrero de 2018.
- ✓ Por lo cual Felipe Ccaico le interpone una denuncia por abandono de hogar y una Demanda de prestación de Alimentos por abandonar a sus hijos.
- ✓ La Denunciante no ha acreditado la Tenencia o Patria Potestad de sus menores hijos.

**Estructura:**

I. Dado Cuenta, II. Atendiendo: función del Ministerio Público, Hechos materia de denuncia, tipificación del delito, Análisis de los hechos Investigados, Procedencia del Archivo Fiscal, III. Decisión.

**Características que presenta esta Disposición:**

Es Autónoma, Legal, Objetivo y propio del fiscal.

### 3.3.3. Capeta Fiscal N° 1591-2017

**Delito:** Daños.

**Fecha de Inicio:** 19 de julio de 2017.

**Estado Actual:** Archivo Consentido.

**Fecha de la Disposición:** 16 de enero de 2018.

**Hechos denunciados:** El denunciante Jorge Vásquez Mendoza, refiere que el día 19 de julio de 2017, aprox, entre las 17:00 y 18:00 horas, observo que una maquinaria pesada llenaba concreto armado apoyando a su propiedad, ocasionándole daños en su pared, columna y puerta del segundo nivel de su propiedad, responsabilizando de estos daños a su vecino colindante Fredy Roland Aquino Carrasco, y precisando que el daño causado asciende a un por medio de S/. 1,000.00 Soles.

**Fundamentos Jurídico Normativo de la Disposición en atención a las facultades del Ministerio Público:**

- ✓ Órgano Constitucionalmente Autónomo.
- ✓ Titular de la Acción Penal.
- ✓ Defensor de la Legalidad.
- ✓ Interés Públicos Tutelados.
- ✓ Con Objetividad.

**Fundamentos por que el hecho denunciado no constituye delito:**

- ✓ No existe la intencionalidad de causar daño por parte del investigado.
- ✓ No hay la concurrencia del dolo.
- ✓ El daño se ocasiono a consecuencia del empuje y vibraciones durante la construcción de la vivienda.

**Estructura:**

Visto, I. Hecho denunciado, II. Fundamentos Jurídicos (atribuciones del Ministerio Público, Análisis Jurídico del Tipo Penal Investigado y Análisis del Caso), III. Decisión.

**Características que presenta esta Disposición:**

### 3.3.4. Carpeta Fiscal N° 795-2018

**Delito:** Daños y otro.

**Fecha de Inicio:** 16 de julio de 2017.

**Estado Actual:** Archivo Consentido.

**Fecha de la Disposición:** 09 de febrero de 2018.

**Hechos denunciados:** Que el día 16 de julio de 2017, a las 14:00 horas, el personal policial se constituyó a la altura del Km 471 de la vía Ayacucho-Andahuaylas, lugar denominado Pallcca, Ocros, Provincia de Huamanga, por tomar conocimiento que en ese lugar ocurrió un accidente, en donde encontraron a una persona de nombre Noé Briones Burga, quien refirió ser el conductor del vehículo despistado, de propiedad de la empresa Shalom Empresarial SAC, y que el día de la fecha a eso de las 13:10 horas, viajaba en compañía de la persona de Alejandro Palomino Espinoza desde la ciudad de Lima con destino final Juliaca, y que conducía a una velocidad de 30 a 35 KM/H y que en este punto, curva en U y por la pista mojada, con la carga del camión, el furgón le jalo, haciendo que el vehículo se despiste y quede a unos 30 metros de la vía, en un barranco, de ahí logro salir del vehículo junto con su compañero, el cual tenía cabeza rota y estaba sangrando, por lo que con ayuda de las personas que transitaban por el lugar, evacuo a su compañero en un auto a un Centro de Salud más cercano.

**Fundamentos Jurídico Normativo de la Disposición en atención a las facultades del Ministerio Público:**

- ✓ Órgano Constitucionalmente Autónomo.
- ✓ Titular de la Acción Penal.
- ✓ Defensor de la Legalidad.
- ✓ Actúa a oficio o a instancia de parte.

**Fundamentos por que el hecho denunciado no constituye delito:**

- ✓ Que el accidente no ocurrió por negligencia o impericia de parte del conductor, sino por un fenómeno natural- llovizna que hizo que el vehículo deslizará, pese haber frenado conforme se tiene la constatación.

**Estructura:**

Dado Cuenta, I. Hechos de la Investigación, II Fundamentos: Rol del Ministerio Público, III De las diligencias actuadas y documentos recepcionados, IV. Análisis del Tipo, V. Conclusión.

**Características que presenta esta Disposición:**

Es Autónoma, Legal, Objetivo y propio del fiscal.

### 3.3.5. Carpeta Fiscal N° 637-2018

**Delito: Daños Agravado y otros.**

**Fecha de Inicio: 20 de noviembre de 2017.**

**Estado Actual: Archivo Consentido.**

**Fecha de la Disposición: 15 de junio de 2018.**

**Hechos denunciados:** Que el denunciante Alberto Quispe Zavaleta, señala que los vecinos del Conjunto Habitacional José Ortiz Vergara-Enace viene conduciendo el Lt.2 de la Mz V, con el área de 2,296.14 m<sup>2</sup>, por más de 25 años, utilizando como parque o área verde, en los últimos meses la DIRESA, pretende más de 25 años, utilizando como parque o área verde, en los últimos meses la DIRESA, pretende ejecutar una construcción de manera arbitraria e ilegal, ocasionando un malestar y conflicto social con los pobladores que viven pacíficamente; es así que, el 07 de diciembre del 2016 como 30 trabajadores, durante la ausencia del denunciante y sin consulta con los miembros de la Junta Directiva, trajeron maquinarias pesada con pretexto de sacar muestras y realizar el análisis del suelo de dicho lote, pretendieron alterar la configuración del área verde, hechos lamentables que generaron conflicto social, en ese mismo sentido con la finalidad de evitar conflicto,, el Director de la DIRESA Med. Hugo Enrique Huamán Brizuela, Asesor Legal y Sub Director Walter Bedriñana, suscribieron un acuerdo, para evitar nuevos hechos conflictivos, cuyo compromiso ha sido incumplido por la DIRESA, nuevamente un grupo de trabajadores de la DIRESA y otras tres personas, el pasado 18 de diciembre de 2017 irrumpieron, contra la Vida de los vecinos y causaron destrozos en el lote referido Palomino, señalaba que pretendían tomar posesión del terreno otorgado por Bienes Nacionales, pese a no ostentar ningún derecho respecto a dicho lote.

**Fundamentos Jurídico Normativo de la Disposición en atención a las facultades del Ministerio Público:**

- ✓ Órgano Constitucionalmente Autónomo.
- ✓ Titular de la Acción Penal.
- ✓ Defensor de la Legalidad.
- ✓ Actúa a oficio o a instancia de parte.

**Fundamentos por que el hecho denunciado no constituye delito:**

- ✓ Que al no tener un pronunciamiento de los denunciantes en calidad de funcionario público que afecten los derechos del denunciante no vendría a configurarse el delito de Abuso de Autoridad.

**Estructura:**

Asunto, II Sobre la labor del Ministerio Público, III Sobre los hechos denunciados, IV Presupuestos procesal y constitucional para calificar una denuncia, V Tipificación de los hechos denunciados, VI Elementos de cargo y descargo recabados durante la investigación, VII Análisis de los hechos denunciados, VIII Conclusión.

**Características que presenta esta Disposición:**

Es Autónoma, Legal, Objetivo y propio del fiscal.

### **3.4. Contratación de la Hipótesis**

#### **3.4.1. Hipótesis General**

- ✓ Teniendo como base los resultados de las encuestas realizadas a los Fiscales Provinciales Penales del Distrito Fiscal de Ayacucho y el análisis exhaustivo que se realizó a 05 disposiciones fiscales de archivo por atipicidad (el hecho no constituye delito), se determinó que la naturaleza jurídica de la Disposición de Archivo por atipicidad una vez consentida, tiene una naturaleza propia, por cuanto le han reconocido que este tipo de disposición la emite el Ministerio Público como órgano autónomo, titular de la acción penal, Defensor de la legalidad y es un acto exclusivo del Ministerio Público que está debidamente reconocida por la Constitución Política del Perú, tiene su propia Ley orgánica y Código Procesal Penal que regula su actuación en el marco de la Investigación preliminar de un hecho delictivo.
- ✓ Asimismo se tiene que el Ministerio Público en el decurso de su investigación como persecutor del delito, este realiza actos fiscales y no actos administrativos, ya que tiene su propio Código Procesal Penal, Ley Orgánica del Ministerio Publico las cuales están debidamente reconocidas por la Constitución Política del Perú para el desempeño de sus funciones.

#### **3.4.2. Hipótesis específicas**

- ✓ La Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por atipicidad no es cosa decidida, por cuanto no cumple con una de las características esenciales de la cosa decidida, la cual es de ser pasible a ser revisada en el ámbito jurisdiccional. Ello en atención a los resultados de las encuestas realizadas a 20 Fiscales Provinciales en materia penal del Distrito Fiscal de

Ayacucho, el 20% de ellos afirmaron que si es posible de ser revisable por el Órgano Jurisdiccional, ello cuando el agraviado acuda a los órganos jurisdiccionales mediante los procesos constitucionales por habersele transgredido una garantía constitucional o un derecho fundamental, como por ejemplo la falta de motivación de la Disposición de Archivo o haber realizado una mala investigación, ello a través del proceso de Amparo, y, el 80 % de los fiscales Provinciales encuestados afirman que no es posible de ser revisable por el Órgano Jurisdiccional, por dar seguridad jurídica en lo examinado, y que de forma excepcional el agraviado puede acudir al órgano jurisdiccional Constitucional por habersele vulnerado una garantía o derecho fundamental, asimismo precisaron que las decisiones fiscales tienen similares efectos de cosa juzgada, ya que al haber sido emitida por órgano autónomo no son susceptibles de revisión, tal como se puede apreciar en tabla 04 y Grafico 04.

- ✓ De las encuestas realizadas a los Fiscales Provinciales en materia Penal, el 60 % preciso que la Disposición de Archivo por Atipicidad si tiene carácter inimpugnable, por cuanto garantiza a las partes y que no existe algún medio impugnatorio cuando esta queda consentida; por otro lado el 40% de Fiscales Provinciales encuestados precisaron que no tiene carácter inimpugnable a razón de que existe excepciones y pueden ser modificados en los procesos constitucionales (ver tabla 05 y grafico 05). Por otro lado el 45 % de fiscales encuestados afirman que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad es de carácter inmutable en el ámbito fiscal, y, que el 55 % de Fiscales Provinciales no tienen carácter inmutable, debido a que puede ser modificado a través de un proceso Constitucional (ver tabla 06 y grafico

06). Y por último que el 100% precisa que no tiene carácter coercible (ver tabla 0'7 y grafico 07), ya que no es una sentencia, sino que solo es una calificación jurídica que realiza el Ministerio Público de los hechos investigados por lo cual se tiene que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad no tiene las características esenciales de la cosa juzgada, los cuales son: inimpugnable, inmutable y coercible.

- ✓ Que de la encuesta realizada a los Fiscales Provinciales en Materia Penal, el 100%, considera que la Disposición de Archivo por Atipicidad es de naturaleza propia de la fiscalía por que el Ministerio Público es una entidad Autónoma, ello en atención de que no depende de ningún otro órgano que administre justicia y tiene un reconocimiento constitucional( ver tabla 09 y grafico 09) ; por otro lado el 100% de fiscales encuestados también afirma que dicha disposición es de naturaleza propia porque el Ministerio Público es el Titular de la Acción Penal, quien dirige y emite los actos a realizarse durante la investigación y se encuentra reconocida por la Constitución Política del Perú (ver tabla 10 y grafico 10); asimismo que el 100% de fiscales encuestados opino que es de naturaleza propia de la fiscalía porque es un acto exclusivo porque se emite dentro del marco de sus actuaciones (tabla 11 y grafico 11), y, por último el 100% de fiscales encuestados opina que es de naturaleza propia por que el Ministerio Público viene a ser el defensor de la legalidad, ya que tiene que cumplir con los requisitos establecidos en el código procesal penal y otras al calificar los hechos denunciados bajo los parámetros del principio de legalidad y objetividad (tabla 12 y grafico 12). Por consiguiente se tiene que las facultades reconocidas al Ministerio Público en la Constitución Política del Perú, ley

orgánica del Ministerio Público y Código Procesal penal si influyen a determinar significativamente que Naturaleza Jurídica tiene la Disposición de Archivo por Atipicidad, dándole una Naturaleza Propia con sus características esenciales.

**TITULO VI**  
**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### 4.1. Conclusiones

- ✓ En primer lugar debemos tener en cuenta que la labor que desempeña el Ministerio Público no es una actuación administrativa emitiendo actos administrativos, sino que realiza actos fiscales las cuales son para recabar los elementos de cargo y descargo durante la investigación preliminar, como son las disposiciones de apertura de investigación, continuación de la investigación entre otros, asimismo que emite la Disposición de archivo una vez que luego de examinado los actuados de la denuncia estas no cumplen con los requisitos esenciales para poder emitir la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.
  
- ✓ El Ministerio Público en el marco de la investigación preliminar al emitir la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad (el hecho no constituye delito), no tiene las características esenciales de los Actos Administrativos propios las cuales son: Racional, Unilateral, Directo y concreto, Legítimo, Definitivo, Irretroactivo, Ejecutable y Público. Más bien, a lo largo de la investigación se ha identificado las características propias que tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad las cuales son: 1) Legal por ser defensor de la legalidad en las investigaciones que imparte, 2) Objetivo, ya que su actuación se enmarca bajo el parámetro del Principio de Objetividad, 3) Inamovible, ya que genera ese estado de inamovilidad por brindar seguridad jurídica en las partes y en la actuación del Ministerio Público, 4) Exclusivo del Ministerio Público, ya que el Fiscal investigador es quien únicamente puede emitir la Disposición de Archivo fiscal por Atipicidad por ser el Titular de la Acción penal y tener ese reconocimiento

de ser un organismo autónomo que no depende de alguna institución que administra justicia.

- ✓ Por lo cual la Disposición de archivo por atipicidad una vez consentida no tiene las características esenciales de cosa decidida las cuales son: inamovible, Inmodificable, pasible de ser revisado por el órgano Jurisdiccional; ya que esta disposición de archivo fiscal, no puede ser revisable a través del proceso contencioso, sino excepcionalmente a través de un proceso constitucional, y solamente se examinara desde la óptica constitucional si se ha vulnerado alguna garantía a las partes, por lo cual se puede afirmar que dicha disposición tiene otra naturaleza propia que es distinta a la cosa decidida.
- ✓ Por otro lado, también se tiene como resultado que la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad una vez consentida no tiene las características esenciales de la cosa juzgada, las cuales son: inimpugnable, inmutable y coercible, ya que no puede ser inmutable porque esta puede variar a través de los procesos constitucionales, asimismo, tampoco puede ser coercible por que el fiscal al momento de disponer su disposición de archivo fiscal por atipicidad no genera derechos ni obligaciones, sino, esencialmente califica el hecho denunciado como titular de la acción penal y defensor de la legalidad en el marco de la investigación preliminar haciendo uso de las prerrogativas que le reconoce la Constitución Política del Perú, el Código Procesal Penal, y su ley orgánica del Ministerio Público.
- ✓ Por lo cual se tiene que las atribuciones de Autonomía, Titular de la acción penal, Exclusividad del fiscal y Defensor de la legalidad reconocidas al Ministerio Público en la Constitución Política del Perú, su Ley orgánica del

Ministerio Público y el Código Procesal Penal, influyen significativamente a determinar que la Disposición de Archivo por Atipicidad tiene una naturaleza propia del fiscal, siendo que esta no se puede equipararse a una cosa decidida administrativa o cosa juzgada judicial, ya que son de distinta naturaleza.

#### **4.2.Recomendaciones**

- ✓ Luego de haber arribado a la conclusión de que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad (el hecho no constituye delito) tiene una propia naturaleza, el Tribunal constitucional debería ahondar más sobre este tema y desentrañar partiendo desde la Constitución Política del Perú para determinar cuál es la naturaleza que tiene la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad que emite el Ministerio Público en el marco de sus actuaciones y no equiparar a una STATUS inamovible o cosa decidida de forma genérica, ya que dicha denominación es solamente para el ámbito administrativo.
- ✓ Asimismo tampoco debería de adoptar el criterio que recomienda la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que la disposición fiscal por atipicidad es un acto de esencia típicamente jurisdiccional que adquiere el carácter inmutable e irreproducible, por cuanto esta calificación hace denotar que la Disposición de Archivo por Atipicidad es de esencia jurisdiccional, es decir pertenecería a la cosa juzgada, lo cual no es tal como se ha precisado en las conclusiones.
- ✓ Bajo ese contexto, el Tribunal Constitucional del Perú al reconocer que la Disposición de Archivo fiscal por atipicidad tiene un Status Inamovible o Cosa Decidida, nos conduciría a una confusión en los efectos y

características que tiene la Disposición de Archivo Fiscal por atipicidad, ya que como lo hemos precisado en la presente investigación esta tiene una naturaleza propia (sui generis).

- ✓ Por último, la Constitución Política del Perú reconoce las prerrogativas del Ministerio Público, siendo que la constitución todavía data desde el año de 1993, y en el artículo 159 precisa que debe “Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla”, siendo que el estado peruano al adoptar el modelo procesal penal acusatorio, con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, el Ministerio Público ya no emite dictamen, sino Providencias, Disposiciones y Requerimientos dentro de las investigaciones, lo cual debe de actualizarse en dicho inciso, precisando los efectos de las mismas.

## **BIBLIOGRAFIA:**

### **Libros:**

- Chaparro A. (2011). Fundamentos de la Teoría del Delito. Lima: Editorial Grijley.
- Bernales, E. (1999). La Constitución de 1993. Análisis Comparado, (3<sup>a</sup> ed.). Lima: Editorial RAO.
- Torres C.A. (2004). El Fiscal y la Práctica Procesal Penal (3<sup>a</sup> ed.). Lima: Editorial Juristas.
- San Martín C. (2015). Derecho Procesal Penal-Lecciones (1<sup>a</sup> ed). Lima: Editorial INPECCP.
- Cervantes D.A. (2000). Manual de Derecho Administrativo. Lima: Editorial RODHAS.
- Mory F. (2011). La Investigación del Delito – El Policial, el Fiscal, el Juez y el Imputado y sus Derechos Fundamentales. Lima: Editorial RODHAS.
- Morón J.C. (2015). Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Neyra J.A. (2010). Manual de Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Lima: Editorial IDEMSA.
- Reyna L.M. (2015). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Instituto Pacífico.
- Luja M. (2013). Diccionario Penal y Procesal Penal, Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Frisancho M. (2013). Comentario Exegético al Nuevo Código Procesal Penal. Tomo I, Lima: Ediciones Legales.
- Cabrera M.A. (2013). Derecho Administrativo & Derecho Procesal Administrativo. Lima: Editorial Legales.
- Gálvez M. (1996). Derecho Procesal, Lima: Editorial Communitas.
- Sánchez P. (2005). Introducción al Nuevo Proceso penal. Lima Editorial IDEMSA.
- Cubas V. (2009) El Nuevo Proceso Penal Peruano Teoría y Práctica de su Implementación. Lima: Editorial Palestra Editores.

### **Revistas Jurídicas:**

1. Muñoz A.F. (2016). Acto Firme y Cosa Decidida, Alerta Informativa. Obtenido de <https://es.scribd.com/doc/314233501/Acto-Firme-y-Cosa-Decidida>.
2. Quiroga A. (1994). Control Difuso y Control Concentrado en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085290.pdf>
3. Ore A. (2004). Derecho Procesal Penal. Editorial Depalma.
4. Bonifacio C.P. (2009). El concepto del NE BIS IN IDEM y su relación con la Cosa Decidida en sede Fiscal. Lima: Gaceta Jurídica.
5. Loza G. (2014). la cosa Decidida en la Decisión Fiscal de Archivo. Lima: Estudio Loza Avalos-Abogados.
6. Hurtado J.R. (2016). Reflexiones sobre el Archivo Fiscal en la Investigación Preliminar. Lima: instituto de Ciencia Procesal Penal.
7. Donayre L.O. La cosa decidida en el Derecho Administrativo Peruano, en: <https://www.monografias.com/trabajos78/cosa-decididaderechoadministrativo-peru/cosa-decidida-derecho-administrativo-peru.shtml>.
8. Hurtado J.R. (2009). ¿Actos Jurisdiccionales de los fiscales penales?. Obtenido de : [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20090603\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090603_01.pdf)
9. MARTINES E.L. (2015). Aplicación del Principio non bis in ídem y las disposiciones fiscales de archivo con calidad de cosa decidida, Obtenido de: <http://revistas.unitru.edu.pe/index.php/PGM/article/download/1118/1044>.
10. Diferencias entre la cosa Juzgada y la cosa decidida en: <https://www.monografias.com/docs/Diferencias-Entre-La-Cosa-Decidida-Y-La-FKZSE6FZBZ>.
11. García P. El Carácter de Cosa Juzgada de las Resoluciones Judiciales. Instituto de Ciencias Penales. Obtenido de: <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/cosajuzgada.pdf>

### **EXPEDIENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

1. STC Exp. N° 02725-2008-PHC/TC, obtenido de: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_per\\_min.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_min.pdf)
2. STC Exp. N° 0413-2000-AA/TC obtenido de: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_per\\_min.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_min.pdf)
3. STC Exp. N° 02110-2009-PHC/TC, obtenido de:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02110-2009-HC%2002527-2009-HC.html>

4. STC Exp. N° 02527-2009-PHC/TC, obtenido de:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02110-2009-HC%2002527-2009-HC.html>

5. STC Exp. N° 02493-2012-PA/TC, obtenido de:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02493-2012-AA.pdf>

6. CASACIÓN N° 652-2012-LIMA, obtenido de:

<http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo/arboletin/noticia25122014-1.pdf>.

#### **INFORMES:**

1. Informe N° 1/95, relativo al caso 11.006 del 7 de febrero de 199, obtenido de:

<https://es.slideshare.net/batcris/informe-n-1-95-caso-11006-peru-7-de-febrero-de-1995-marco-antonio-rebasa-alegre-11751585>

# **ANEXOS:**

**MATRIZ DE CONCISTENCIA**

**Título: “LA NATURALEZA JURIDICA DE LA DISPOSICIÓN DE ARCHIVO FISCAL POR ATIPICIDAD”**

**Responsible: Key Máximo Casafranca Luza**

PROBLEMA	OBJETIVOS	MARCO TEÓRICO	HIPÓTESIS	CLASIFICACIÓN DE VARIABLES	DEFINICIÓN OPERACIONAL	METODOLOGÍA
<p><b>PROBLEMA PRINCIPAL</b> ¿Cuál es la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?</p> <p><b>PROBLEMAS SECUNDARIOS</b> a) ¿Los criterios establecidos de la Cosa Decidida por el Tribunal Constitucional del Perú determinan la naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad? b) Los criterios establecidos de la Cosa Juzgada por el Tribunal Constitucional del Perú determinan la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad? c) El criterio establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinan que la Disposición de</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b> ✓ Determinar a qué Naturaleza Jurídica Pertenece la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.</p> <p><b>OBJETIVO ESPECIFICO</b> a) Determinar si la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad es Cosa Decidida conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional del Perú. b) Determinar si la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad es Cosa Juzgada conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional del Perú. c) Determinar si la Corte Interamericana</p>	<p>- Cosa Decidida.</p> <p>- Cosa Juzgada.</p> <p>- Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad .</p>	<p><b>HIPOTESIS GENERAL</b> La Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad no es Cosa Decidida, ni Cosa Juzgada, sino tiene una naturaleza propia “sui Generis” (cosa Fiscal), ya que el Ministerio Publico es un Órgano Autónomo, Titular de la Acción Penal, Defensor de la Legalidad, las cuales son reconocida por la Constitución Política del Perú.</p> <p><b>HIPOTESIS ESPECIFICAS</b> ✓ la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad no es cosa decidida, por cuanto no es pasible a ser revisada en el ámbito jurisdiccional, porque tiene el carácter de inamovible en el ámbito fiscal una vez que el archivo quede consentida. ✓ La Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad no es cosa juzgada, por cuanto la cosa juzgada es una exclusividad de los órganos jurisdiccionales, asimismo no tiene las siguientes características esenciales de la cosa juzgada: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. ✓ La Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad no es un acto de esencia típicamente jurisdiccional con</p>	<p>Variable Independiente (X) Naturaleza Jurídica.</p> <p>Variable Dependiente (Y) Disposición de Archivo Fiscal por atipicidad</p>	<p>a) <b>Cosa Decidida</b> ✓ Inamovible en el ámbito administrativo. ✓ Inmodificabilidad en el ámbito administrativo. ✓ Pasible a revisión por el órgano judicial.</p> <p>b) <b>Cosa Juzgada</b> ✓ Inimpugnabilidad. ✓ Inmutabilidad. ✓ Coercibilidad. ✓ Exclusividad de los Órganos Jurisdiccionales.</p> <p>c) <b>Cosa Fiscal</b> ✓ Autonomía. ✓ Titular de la Acción Penal. ✓ Exclusividad del fiscal. ✓ Carácter de inamovible. ✓ Defensor de la legalidad.</p> <p><b>Y1. La disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.</b> - Archivos en calificación. - Archivos durante la Investigación Preliminar. - Archivos confirmados por la fiscalía superior.</p>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b> - Básica y aplicada (mixto)</p> <p><b>NIVEL DE INVESTIGACIÓN</b> - <b>Descriptivo.</b> - <b>Comparativo.</b> - <b>Causal.</b></p> <p><b>METODO TECNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN</b> - Documental. - Cuestionario. - Entrevista.</p> <p><b>INSTRUMENTO</b> de - Fichas de Observación. - Carpetas Fiscales. - Registro de Casos. - Encuestas.</p> <p><b>FUENTES</b> - Bibliográficas. - Normas. - Investigadores Fiscales.</p>

<p>Archivo Fiscal por Atipicidad es un acto de esencia típicamente jurisdiccional que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible?</p> <p>d) ¿Las Facultades reconocidas al Ministerio Publico en la Constitución Política del Perú determinan la naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?</p> <p>e) ¿Las atribuciones reconocidas al Ministerio Publico en la Ley Orgánica del Ministerio Publico determinan la naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?</p> <p>f) Las Facultades del fiscal reconocidas en el Código Procesal Penal Determinan la Naturaleza jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?.</p>	<p>de Derechos Humanos preciso correctamente la Naturaleza Jurídica del Archivo Fiscal por Atipicidad al precisar que es un acto de esencia típicamente jurisdiccional que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible.</p> <p>d) Determinar si las Facultades reconocidas al Ministerio Publico en la Constitución Política del Perú determinan la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.</p> <p>e) Determinar si las Facultades reconocidas al Ministerio Publico en la Ley Orgánica del Ministerio Publico determinan la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.</p> <p>f) Determinar si las Facultades reconocidas al Ministerio Publico en el Código Procesal</p>		<p>carácter de inmutable e irreproducible, ya que no se puede atribuir a que sea un acto de esencia jurisdiccional, sino fiscal.</p> <p>✓ Las facultades de titular de la acción penal, autonomía, defensor de la legalidad, y otras reconocidas en la constitución política del Perú al Ministerio Público influyen a determinar la Naturaleza de la Disposición de Archivo por Atipicidad, dándole una naturaleza propia del fiscal.</p> <p>✓ Las facultades de titular de la acción penal, autonomía, defensor de la legalidad, y otras reconocidas en Ley Orgánica del Ministerio Público en sus atribuciones determinan la Naturaleza de la Disposición de Archivo por Atipicidad otorgándole una naturaleza propia del fiscal.</p> <p>✓ Las facultades de titular de la acción penal, autonomía, defensor de la legalidad, y otras reconocidas al Ministerio Público en el Código Procesal Penal influyen a determinar la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.</p>			
---	--	--	---	--	--	--

	Penal determinan la Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad.					
--	---	--	--	--	--	--

**ENCUESTA PARA FISCALES EN MATERIA PENAL**

**INSTRUCCIONES:**

La presente técnica de la Encuesta, tiene por finalidad recoger información sobre la investigación titulada: “**LA NATURALEZA JURIDICA DE LA DISPOSICIÓN DE ARCHIVO FISCAL POR ATIPICIDAD**”, la misma que está compuesta por un conjunto de preguntas, donde luego de leer dicha interrogante debe elegir la alternativa que considere correcta, marcando para tal fin con un aspa (X). Se le recuerda, que esta técnica es anónima, se agradece su participación.

1. **En su opinión, la actuación del fiscal en la investigación preliminar pertenece al ámbito administrativo?**  
a) SI ( )  
b) NO ( )  
Justifique su respuesta: .....  
.....  
.....
2. **Considera usted que la Disposición de Archivo fiscal por Atipicidad una vez que quede consentido tiene carácter inamovible en el ámbito administrativo?**  
a) SI ( )  
b) NO ( )  
Justifique su respuesta: .....  
.....  
.....
3. **Considera usted que la Disposición de Archivo fiscal por Atipicidad una vez que quede consentido, tiene carácter inmodificable en el ámbito administrativo?**  
a) SI ( )  
b) NO ( )  
Justifique su respuesta: .....  
.....  
.....
4. **Considera usted que la Disposición de Archivo fiscal por Atipicidad una vez que quede consentido, es pasible de ser revisado por el órgano jurisdiccional?**  
a) SI ( )  
b) NO ( )  
Justifique su respuesta: .....  
.....  
.....
5. **Considera usted que la Disposición de Archivo fiscal por Atipicidad una vez que quede consentido tiene carácter de inimpugnabilidad?**  
a) SI ( )  
b) NO ( )

Justifique su respuesta: .....  
.....  
.....

6. Considera usted que la Disposición de Archivo por Atipicidad una vez que este consentido tiene carácter de Inmutabilidad?

a) SI ( )

b) NO ( )

Justifique su respuesta: .....  
.....  
.....

7. Considera usted que la Disposición de Archivo fiscal por Atipicidad una vez que este consentido tiene carácter de Coercibilidad?

a) SI ( )

b) NO ( )

Justifique su respuesta: .....  
.....  
.....

8. Considera usted que la Disposición de Archivo fiscal por Atipicidad una vez que quede consentida tiene carácter de exclusividad de los órganos jurisdiccionales?

a) SI ( )

b) NO ( )

Justifique su respuesta: .....  
.....  
.....

9. Considera usted que la Disposición de archivo fiscal por atipicidad (consentida) es de naturaleza propia de la fiscalía por que dicha entidad es autónoma conforme a la constitución política del Perú, la ley orgánica del Ministerio Publico y Código Procesal Penal?

a) SI ( )

b) NO ( )

Justifique su respuesta: .....  
.....  
.....

10. Considera usted que la Disposición de archivo fiscal por atipicidad (consentido) es de naturaleza propia de la fiscalía por que dicha entidad es titular de la acción penal conforme a la constitución política del Perú, la ley orgánica del Ministerio Publico y Código Procesal Penal?

a) SI ( )

b) NO ( )

Justifique su respuesta: .....  
.....  
.....

11. Considera usted que la Disposición de archivo fiscal por atipicidad (consentido) es de naturaleza propia de la fiscalía porque es exclusivo del fiscal conforme a la constitución política del Perú, la ley orgánica del Ministerio Publico y Código Procesal Penal?

a) SI ( )

b) NO ( )

Justifique su respuesta: .....

.....

.....

12. Considera usted que la Disposición de archivo fiscal por atipicidad (consentido) es de naturaleza propia de la fiscalía porque es defensor de la legalidad conforme a la constitución política del Perú, la ley orgánica del Ministerio Publico y Código Procesal Penal?

a) SI ( )

b) NO ( )

Justifique su respuesta: .....

.....

.....

13. Usted está de acuerdo con el criterio que recomienda la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que la disposición fiscal por atipicidad es un acto de esencia típicamente jurisdiccional que adquiere el carácter inmutable e irreproducible?

a) SI ( )

b) NO ( )

Justifique su respuesta: .....

.....

.....

14. Usted está de acuerdo con el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional del Perú al reconocer que la disposición fiscal por atipicidad tiene un status inamovible o cosa decidida?

a) SI ( )

b) NO ( )

Justifique su respuesta: .....

.....

.....

**ANEXO 3: ORIGINAL DE LA VALIDACIÓN DEL CUESTIONARIO**

**VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO**

**I. DATOS GENERALES:**

- 1.1. Apellidos y Nombres : Martínez Mamani Hugo  
 1.2. Grado Académico : Maestro en Derecho penal  
 1.3. Institución que labora : Ministerio público  
 1.4. Título de la Investigación : La Naturaleza Jurídica de la Disposición de Archivo por Atipicidad.  
 1.5. Autor del Instrumento : Key Máximo Casafranca Luza

Después de revisado el instrumento, es valiosa su opinión acerca mediante el siguiente criterio de aplicabilidad:

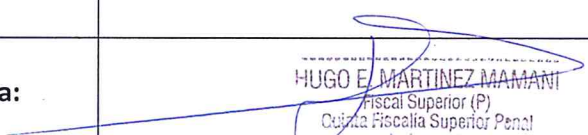
- a) De 01 a 09 (No valido, reformular)      b) De 10 a 12 (no valido modificar)  
 c) De 12 a 15 (Valido, mejorar)            d) de 15 a 18 (Valido, precisar)  
 e) De 18 a 20 Valido, aplicar)

**II. Aspecto a evaluar:**

	Indicadores de la Evaluación	critérios	Deficiente (01 -09)	Regular (10-12)	Bueno (12-15)	Muy bueno (15-18)	Excelente (18-20)
1	Claridad	¿esta formulado con lenguaje apropiado?	( )	( )	( )	( )	(X)
2	Objetividad	¿esta formulado con criterios objetivos?	( )	( )	( )	( )	(X)
3	actualidad	¿adecuado al avance de la ciencia y tecnología?	( )	( )	( )	( )	(X)
4	organización	¿existe organización y logica?	( )	( )	( )	( )	(X)
5	suficiencia	¿comprende los aspectos en calidad?	( )	( )	( )	(X)	( )
6	intencionalidad	¿Es adecuado para valorar los aspectos de estudio?	( )	( )	( )	( )	(X)
7	Consistencia	¿las preguntas estab basadas en el aspecto teorico y del tema de estudio?	( )	( )	( )	( )	(X)
8	Coherencia	¿Existe coherencia en las preguntas formuladas?	( )	( )	( )	( )	(X)
9	Metodología	¿la estrategia responde al proposito de estudio?	( )	( )	( )	(X)	( )
10	conveniencia	¿Genera nuevas pautas para la investigación y construccion de teorías?	( )	( )	( )	(X)	( )

**SUGERENCIAS:**

1. ¿Qué preguntas considera Usted deberían agregarse?	<i>Ninguna</i>
2. ¿Qué preguntas estima que podrían eliminarse?	<i>Ninguna</i>
3. ¿Qué preguntas considera deberan reformularse o precisarme mejor?	<i>Ninguna</i>

<b>Fecha:</b>	<i>05 febrero de 2019</i>
<b>Validación por:</b>	
<b>Firma:</b>	 HUGO E. MARTINEZ MAMANI Fiscal Superior (P) Quinta Fiscalía Superior Penal 43 / 2019



**PERÚ**

Ministerio de Educación

Superintendencia Nacional de  
Educación Superior Universitaria

Dirección de Documentación e  
Información Universitaria y  
Registro de Grados y Títulos

**REGISTRO NACIONAL DE GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES**

<b>GRADUADO</b>	<b>GRADO O TÍTULO</b>	<b>INSTITUCIÓN</b>
MARTINEZ MAMANI, HUGO EDUARDO DNI 29378297	MAESTRO EN DERECHO PENAL  Fecha de Diploma:17/03/17	UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS
MARTINEZ MAMANI, HUGO EDUARDO DNI 29378297	BACHILLER EN DERECHO  Fecha de Diploma:13/05/1992	UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN
MARTINEZ MAMANI, HUGO EDUARDO DNI 29378297	ABOGADO  Fecha de Diploma:23/11/1994	UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN

**ANEXO 04**

**FICHA DE OBSERVACIÓN**

**I. IDENTIFICACIÓN DE LA UNIDAD DE ESTUDIO**

Disposiciones de Archivo fiscal por atipicidad

**II. OBJETIVO DE LA OBSERVACIÓN**

Identificar cuales son las características esenciales de la Disposición de Archivo por atipicidad.

**III. ITEMS DE LA UNIDAD DE ESTUDIO**

3.1. Carpeta Fiscal:

3.2. Delito:

3.3. Fecha de Inicio:

3.4. Estado Actual:

**IV. ANALISIS DEL CONTENIDO**

**1. Descripción sucinta de los hechos:**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**Cual es el fundamento por que el hecho investigado no constituye delito (Atipico):**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**2. ¿Que estructura tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**3. ¿Cual es el sustento Juridico-normativo en que se fundamenta la Disposición de Archivo Fiscal Por Atipicidad?:**

- a)Organo Autonomo ( )
- b)Titularidad de la Acción Penal ( )
- c)Defensor de la Legalidad ( )
- d)Principio de Objetividad ( )
- e)Otros:

.....  
.....  
.....

**4. ¿Cuales de las Caracteristicas de la cosa juzgada tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?:**

- a) Inimpugnabilidad ( )
- b) Inmutabilidad ( )
- c) Coercibilidad ( )
- d) Exclusividad de los organos jurisdiccionales ( )
- e) Ninguna ( )

Justificar.....  
.....  
.....  
.....

**5. Cuales de las Caracteristicas de cosa decidida tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad:**

- a) Inamovible en el ambito administrativo. ( )
- b) Inmodificable en el ambito administrativo. ( )
- c) Pasible a ser revisado por el organo jurisdiccional. ( )
- d) Ninguna ( )

Justificar.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**V. CONTRASTE ENTRE LAS CARACTERISTICAS DE COSA DECIDIDA Y COSA JUZGADA ENCONTRADAS EN LA DISPOSICIÓN DE ARCHIVO FISCAL POR ATIPÍCIDAD:**

- a) Inamovible en el ambito administrativo. ( )
- b) Inmodificable en el ambito administrativo. ( )
- c) Pasible a ser revisado por el organo jurisdiccional. ( )
- d) Inimpugnabilidad ( )
- e) Inmutabilidad ( )
- f) Coercibilidad ( )
- g) Exclusividad de los organos jurisdiccionales ( )
- h) Ninguna ( )

Justificar.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**VI. PRECISE SI LAS CARACTERISTICAS ENCONTRADAS EN LA DISPOSICION DE ARCHIVO FISCAL POR ATIPICIDAD SON DE**

**NATURALEZA JURIDICA DE COSA DECIDIDA, COSA JUZGADA U DE  
OTRA NATURALEZA:**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

## ANEXO 04

### FICHA DE OBSERVACIÓN 02

**VII. IDENTIFICACION DE LA UNIDAD DE ESTUDIO**

Disposiciones de Archivo fiscal por atipicidad

**VIII. OBJETIVO DE LA OBSERVACIÓN**

Identificar cuales son las características esenciales de la Disposicion de Archivo por atipicidad.

**IX. ITEMS DE LA UNIDAD DE ESTUDIO**

9.1. Carpeta Fiscal:

9.2. Delito:

9.3. Fecha de Inicio:

9.4. Estado Actual:

**X. ANALISIS DEL CONTENIDO**

**6. Descripción sucinta de los hechos:**

.....

.....

.....

.....

.....

**7. Cual es el fundamento por que el hecho investigado no constituye delito:**

.....

.....

.....

**8. ¿Que estructura tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?**

.....

.....

.....

**9. ¿Cual es el sustento Juridico-normativo en que se fundamenta la Disposición de Archivo Fiscal Por Atipicidad?:**

.....

.....

.....

.....

**10. ¿Cuales de las Características de la cosa juzgada tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?:**

- f) Inimpugnabilidad ( )
- g) Inmutabilidad ( )

- h) Coercibilidad ( )
- i) Exclusividad de los organos jurisdiccionales ( )

**11. Cuales de las Caracteristicas de cosa decidida tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad:**

- a) Inamovible en el ambito administrativo. ( )
- b) Inmodificable en el ambito administrativo. ( )
- c) Pasible a ser revisado por el organo jurisdiccional. ( )

**XI. CONTRASTE ENTRE LAS CARACTERISTICAS DE COSA DECIDIDA Y COSA JUZGADA ENCONTRADAS EN LA DISPOSICIÓN DE ARCHIVO FISCAL POR ATIPICIDAD:**

- i) Inamovible en el ambito administrativo. ( )
- j) Inmodificable en el ambito administrativo. ( )
- k) Pasible a ser revisado por el organo jurisdiccional. ( )
- l) Inimpugnabilidad ( )
- m) Inmutabilidad ( )
- n) Coercibilidad ( )
- o) Exclusividad de los organos jurisdiccionales ( )

**XII. PRECISE SI LAS CARACTERISTICAS ENCONTRADAS EN LA DISPOSICION DE ARCHIVO FISCAL POR ATIPICIDAD SON DE NATURALEZA JURIDICA DE COSA DECIDIDA, COSA JUZGADA U DE OTRA NATURALEZA:**

.....

.....

.....

.....

.....

**ANEXO 04**

**FICHA DE OBSERVACIÓN 03**

**XIII. IDENTIFICACION DE LA UNIDAD DE ESTUDIO**

Disposiciones de Archivo fiscal por atipicidad

**XIV. OBJETIVO DE LA OBSERVACIÓN**

Identificar cuales son las características esenciales de la Disposicion de Archivo por atipicidad.

**XV. ITEMS DE LA UNIDAD DE ESTUDIO**

15.1. Carpeta Fiscal:

15.2. Delito:

15.3. Fecha de Inicio:

15.4. Estado Actual:

**XVI. ANALISIS DEL CONTENIDO**

**12. Descripción sucinta de los hechos:**

.....

.....

.....

.....

.....

**13. Cual es el fundamento por que el hecho investigado no constituye delito:**

.....

.....

.....

**14. ¿Que estructura tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?**

.....

.....

.....

**15. ¿Cual es el sustento Juridico-normativo en que se fundamenta la Disposición de Archivo Fiscal Por Atipicidad?:**

.....

.....

.....

.....

**16. ¿Cuales de las Características de la cosa juzgada tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?:**

- j) Inimpugnabilidad ( )
- k) Inmutabilidad ( )

- l) Coercibilidad ( )
- m) Exclusividad de los organos jurisdiccionales ( )

**17. Cuales de las Caracteristicas de cosa decidida tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad:**

- a) Inamovible en el ambito administrativo. ( )
- b) Inmodificable en el ambito administrativo. ( )
- c) Pasible a ser revisado por el organo jurisdiccional. ( )

**XVII. CONTRASTE ENTRE LAS CARACTERISTICAS DE COSA DECIDIDA Y COSA JUZGADA ENCONTRADAS EN LA DISPOSICIÓN DE ARCHIVO FISCAL POR ATIPICIDAD:**

- p) Inamovible en el ambito administrativo. ( )
- q) Inmodificable en el ambito administrativo. ( )
- r) Pasible a ser revisado por el organo jurisdiccional. ( )
- s) Inimpugnabilidad ( )
- t) Inmutabilidad ( )
- u) Coercibilidad ( )
- v) Exclusividad de los organos jurisdiccionales ( )

**XVIII. PRECISE SI LAS CARACTERISTICAS ENCONTRADAS EN LA DISPOSICION DE ARCHIVO FISCAL POR ATIPICIDAD SON DE NATURALEZA JURIDICA DE COSA DECIDIDA, COSA JUZGADA U DE OTRA NATURALEZA:**

.....

.....

.....

.....

.....

**ANEXO 04**

**FICHA DE OBSERVACIÓN 04**

**XIX. IDENTIFICACION DE LA UNIDAD DE ESTUDIO**

Disposiciones de Archivo fiscal por atipicidad

**XX. OBJETIVO DE LA OBSERVACIÓN**

Identificar cuales son las características esenciales de la Disposicion de Archivo por atipicidad.

**XXI. ITEMS DE LA UNIDAD DE ESTUDIO**

21.1. Carpeta Fiscal:

21.2. Delito:

21.3. Fecha de Inicio:

21.4. Estado Actual:

**XXII. ANALISIS DEL CONTENIDO**

**18. Descripción sucinta de los hechos:**

.....

.....

.....

.....

.....

**19. Cual es el fundamento por que el hecho investigado no constituye delito:**

.....

.....

.....

**20. ¿Que estructura tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?**

.....

.....

.....

**21. ¿Cual es el sustento Juridico-normativo en que se fundamenta la Disposición de Archivo Fiscal Por Atipicidad?:**

.....

.....

.....

.....

**22. ¿Cuales de las Características de la cosa juzgada tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad?:**

- n) Inimpugnabilidad ( )
- o) Inmutabilidad ( )

- p) Coercibilidad ( )
- q) Exclusividad de los organos jurisdiccionales ( )

**23. Cuales de las Caracteristicas de cosa decidida tiene la Disposición de Archivo Fiscal por Atipicidad:**

- a) Inamovible en el ambito administrativo. ( )
- b) Inmodificable en el ambito administrativo. ( )
- c) Pasible a ser revisado por el organo jurisdiccional. ( )

**XXIII. CONTRASTE ENTRE LAS CARACTERISTICAS DE COSA DECIDIDA Y COSA JUZGADA ENCONTRADAS EN LA DISPOSICIÓN DE ARCHIVO FISCAL POR ATIPICIDAD:**

- w) Inamovible en el ambito administrativo. ( )
- x) Inmodificable en el ambito administrativo. ( )
- y) Pasible a ser revisado por el organo jurisdiccional. ( )
- z) Inimpugnabilidad ( )
- aa) Inmutabilidad ( )
- bb) Coercibilidad ( )
- cc) Exclusividad de los organos jurisdiccionales ( )

**XXIV. PRECISE SI LAS CARACTERISTICAS ENCONTRADAS EN LA DISPOSICION DE ARCHIVO FISCAL POR ATIPICIDAD SON DE NATURALEZA JURIDICA DE COSA DECIDIDA, COSA JUZGADA U DE OTRA NATURALEZA:**

.....

.....

.....

.....

.....



CASO N° : 1606014501-2018-136-0.  
INVESTIGADO : JULIO GAMARRA RIVERA.  
DELITO : AGRESIONES EN CONTRA DE LAS MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.  
AGRAVIADA : ENEDINA CARBAJAL DE GAMARRA.

NO PROCEDE FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

DISPOSICIÓN N° 002-2018-MP-FN/3DF-1FPPCH-DF-AYACUCHO.

Ayacucho, veinticinco de enero  
de dos mil dieciocho

VISTO: El Oficio N° 6986-2017-Exp.04922-2017-FC-3JEFH-CSJAY/PJ, proveniente del Tercer Juzgado Especializado de Familia de Huamanga, recepcionado el 05 de enero de 2018, mediante el cual remiten copias certificadas de los actuados del expediente Exp. 4922-2017, seguida por ENEDINA CARBAJAL DE GAMARRA, contra JULIO GAMARRA RIVERA, por la presunta comisión del delito contra LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD, en la modalidad de AGRESIONES EN CONTRA DE LAS MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR (LESIÓN PSICOLÓGICA), en agravio de la denunciante; y,

I. HECHOS DENUNCIADOS.

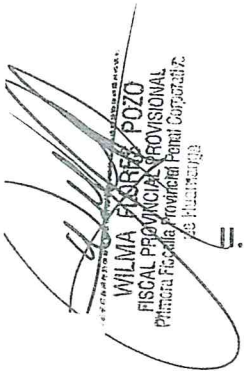
La denunciante ENEDINA CARBAJAL DE GAMARRA, señala que el día 24 de noviembre de 2017, a las 19:00 horas aproximadamente, cuando se encontraba en el interior de domicilio fue agredida psicológicamente por su ex conviviente JULIO GAMARRA RIVERA quien se encontraba en aparente estado de ebriedad, insultándola diciéndole "perra, te voy a joder vamos a ver si te vas a quedar con ese terreno".

II. FUNDAMENTOS.

II.1. Atribuciones del Ministerio Público:

II.1.1. En el actual proceso penal, el Ministerio Público tiene una decisiva intervención, pues es el Órgano Constitucional Autónomo al que el Poder Constituyente le ha otorgado, de conformidad con el artículo 159° de la Norma Fundamental, la tutelaridad del ejercicio de la acción penal, la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; y representar en estos procesos a la sociedad. Como lógica consecuencia de este rol trascendental, a los fiscales que lo integran conforme al Artículo 14° de su Ley Orgánica y Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, les corresponde aportar la carga de la prueba, actuando con objetividad indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. En sus funciones de requerimiento y postulación, pone en marcha el proceso penal; y en este caso concreto en base a la facultad constitucional antes mencionada, cabe analizar si esa facultad debe seguir siendo ejercida.

II.1.2. Según los incisos 1, 4 y 5 del artículo 159° de la Constitución Política del Estado, corresponde al Ministerio Público: promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; conducir desde su inicio la investigación del delito; y ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. En tal sentido, su función lo faculta a seleccionar los casos que permitan operar con eficacia la gestión de los mismos; es decir, se aplica lo que en materia civil se le conoce como saneamiento, una especie

  
WILMA FLORES POZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Procuraduría Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga



de filtro procesal. En este orden, recibido una denuncia o noticia criminal, tras la debida investigación preliminar, de acuerdo a los presupuestos que establece la ley, procederá a formalizarla ante el Juez Penal o, en su caso, la archivará.

## II.2. Análisis jurídico y fáctico de los hechos denunciados.-

II.2.1. El delito contra la Vida el Cuerpo y la Salud en la modalidad de **AGRESIONES EN CONTRA DE LAS MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR**, se encuentra previsto y sancionado en el artículo 122-Bº primer párrafo del Código Penal, el cual a la letra señala: *"El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36. (...)".*

II.2.2. Que, de la revisión de los actuados, se tiene la declaración indagatoria de Enedina Carbajal de Gamarra quien manifiesta no haberse practicado el examen psicológico. En ese sentido, no podría deducirse que la agraviada presenta alguna afectación psicológica, cognitiva o conductual.

II.2.3. En ese sentido, teniendo en cuenta los hechos denunciados, y los actuados recabados, no se advierte, que la agraviada presente algún tipo de nivel daño psíquico que exige el artículo 124-B<sup>1</sup> del Código Penal, y la Ley 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (publicado el 23-noviembre-2015), ley que detalla de manera clara la Violencia Psicológica, en el inciso b) del artículo 8 (vigente al momento de los hechos de la denuncia, y recientemente modificado por el Decreto Legislativo 1323, publicado el 6-enero-2017), bajo la descripción siguiente: *"Violencia Psicológica. Es la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos", definiendo el daño psíquico como "la afectación o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo"*<sup>2</sup>.

II.2.4. En consecuencia, al no presentarse indicadores de afectación emocional o algún tipo de daño psíquico en la agraviada ENEDINA CARBAJAL DE GAMARRA, con respecto a los hechos denunciados, corresponde archivar los actuados de la presente investigación.

II.2.5. En esa línea de argumentación, entendemos que la obligación del Fiscal es asegurarse que toda investigación conducida por él, contenga causa probable de imputación penal, esto es, no debe en lo absoluto formalizar por formalizar, sino, sólo debe poner en marcha el aparato persecutor y jurisdiccional por existencia de suficientes elementos de convicción de la realidad y a la probabilidad de certeza de la comisión de un delito y la vinculación del implicado en su perpetración, además de satisfacer los requisitos de procedibilidad.

<sup>1</sup>El texto del citado artículo 124-B, modificado por el Decreto Legislativo 1323, es el siguiente: "El nivel del daño psíquico es determinado a través de un examen pericial o cualquier otro medio idóneo, con la siguiente equivalencia: a. Falta de lesiones leves: nivel leve de daño psíquico. / b. Lesiones leves: nivel moderado de daño psíquico. / c. Lesiones graves: nivel grave o muy grave de daño psíquico. (...)".

<sup>2</sup>Ley N° 30364- Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, publicado en el Diario el Peruano el día Lunes 23 de Noviembre de 2015.

WILMA FLORIS POZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Provincia: Eneadilla, Provincia del Penal Comodoro.  
C.B. Huancabamba, 2013



- II.2.6. Que, de conformidad con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva"; por lo que para determinar la relevancia típica de los hechos, así como la responsabilidad por la comisión de los mismos, se requiere que los elementos probatorios obtenidos sean suficientes para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.
- II.2.7. En ese sentido al no constituir delito, el fiscal queda facultado para declarar que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como para ordenar el archivo de lo actuado, de conformidad al Art. 334 – Inc. 1 del Código Procesal Penal de 2004, que señala: "Si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado".


### III. CONCLUSIÓN

En consecuencia, por los fundamentos expuestos, el Fiscal Provincial del Tercer Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga, de acuerdo a las atribuciones conferidas en los Arts. 1, 12 y 94 – Inc. 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobado mediante D. Leg. N° 052, **DISPONE:**

**PRIMERO:** NO PROCEDE FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, contra ROBER HENRY MALPARTIDA URQUIZO, por la presunta comisión del delito contra LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD, en la modalidad de **AGRESIONES EN CONTRA DE LAS MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR (Afectación Psicológica)**, en agravio de ENEDINA CARBAJAL DE GAMARRA.

**SEGUNDO:** ORDENAR EL ARCHIVO de los actuados, una vez que la presente disposición quede consentida o confirmada por el Superior.

REGÍSTRESE, OFÍCIESE Y NOTIFÍQUESE SEGÚN CORRESPONDA.  
WFP/jmqcc.

  
WILMA FLORES POZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga





"Año del Dialogo y la Reconciliación Nacional"

DISTRITO FISCAL DE AYACUCHO  
Primera Fiscalía Provincial  
Penal Corporativa de Huamanga  
Tercer Despacho Fiscal

CARPETA FISCAL N° : 1606014501-2018-1506-0  
FISCAL ENCARGADO : Lulia Flores Gutiérrez.  
INVESTIGADO : Felipe Guerra Ccaico.  
DELITO : Sustracción o Retención de Menor.  
AGRAVIADO : Carmen Rosa Quisiruco Mallqui.

## NO PROCEDE FORMALIZAR, NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

### DISPOSICIÓN N° 01-2018-MP-3D-1FPCH-AYAC.

Ayacucho, 31 de julio del dos mil dieciocho-

I. DADO CUENTA: Con la Denuncia por acta interpuesta por Carmen Rosa Quisiruco Mallqui contra Felipe Guerra Ccaico por la comisión del Delito contra la Familia en la modalidad de Sustracción o Retención De Menor, en agravio de Carmen Roda Quisiruco Mallqui.

### II. ATENDIENDO:

#### PRIMERO: FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, como titular de la acción penal, actúa de oficio o a instancia de la víctima por acción popular o por noticia policial<sup>1</sup>.

El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito, promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes<sup>2</sup>

#### SEGUNDO: HECHOS MATERIA DE DENUNCIA

Que, el día 18 de julio de 2018, aproximadamente a las 11:00 horas, su ex conviviente Felipe Guerra Ccaico de la señora Carmen Rosa Quisiruco Mallqui se llevó sin permiso y comunicación alguna a sus hijos Nelson Guerra Quisiruco (03), Wiber Guerra Quisiruco (08), Wilberto Guerra Quisiruco (05), Alberto Guerra Quisiruco (14) y Rayda Guerra Quisiruco (13) desde el Centro Poblado de Hospicio, Distrito de Paras, hacia la ciudad de Ayacucho en un mototaxi de Color verde, siendo que hasta la fecha desconocía el paradero de sus menores hijos, y que averiguando por otras personas, el denunciado tiene un primo en la ciudad de Ayacucho y que posiblemente sus hijos se encuentren en ese lugar.

#### TERCERO: TIPIFICACION DEL DELITO

El delito de sustracción o retención de menor, se encuentra tipificado en el Artículo 147° del Código Penal, la misma que señala que: "el que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayo de dos años la misma pena se aplicara al padre o la madre u otros ascendientes, aun cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad.

**"En esta clase de delitos el bien jurídico protegido la patria potestad"**, entendida como el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos menores de edad.

<sup>1</sup>Artículo 60° del NCPP referido a las Funciones del Ministerio Público.

<sup>2</sup>Artículo 329° del NCPP sobre las formas de iniciar investigación.



“Año del Dialogo y la Reconciliación Nacional”

DISTRITO FISCAL DE AYACUCHO  
Primera Fiscalía Provincial  
Penal Corporativa de Huamanga  
Tercer Despacho Fiscal

Del artículo 147 del texto penal vigente describe dos tipos de comportamiento: Sustracción de menor y Rehusar la Entrega de un menor.

a) **Sustracción del menor:** Esta Conducta se configura cuando se traslada a un menor a un lugar distinto de aquel que se encuentra bajo el amparo de sus padres, guardadores o encargados de su custodia.

*“Esta modalidad incluso puede ser cometida, incluso por el progenitor u otro ascendiente que todavía tiene la patria potestad comete el delito cuando arbitrariamente sustrae a su hijo menor de quien lo tiene en custodia.”<sup>3</sup>*

b) **Rehusar a la entrega de un menor:** “La conducta punible de rehusar la entrega de un menor, aparece cuando el sujeto activo que tiene en su dominio al sujeto pasivo se niega, rehúsa, rechaza o se pone a entregarlo a aquella persona que legalmente ejerce la patria potestad y lo reclaman.”<sup>4</sup>

#### CUARTO.- ANÁLISIS DE LOS HECHOS INVESTIGADOS

4.1. **Denuncia por acta (fs.01/02)**, en la cual la señora Carmen Rosa Quisuruco Mallqui, refiere que el día 18 de julio de 2018, aproximadamente a las 11:00 horas, su ex conviviente Felipe Guerra Ccaico de la señora Carmen Rosa Quisuruco Mallqui se llevó sin permiso y comunicación alguna a sus hijos Nelson Guerra Quisuruco (03), Wiber Guerra Quisuruco (08), Wilberto Guerra Quisuruco (05), Alberto Guerra Quisuruco (14) y Rayda Guerra Quisuruco (13) desde el Centro Poblado de Hospicio, Distrito de Paras, hacia la ciudad de Ayacucho en un mototaxi de Color verde, siendo que hasta la fecha desconocía el paradero de sus menores hijos, y que averiguando por otras personas, el denunciado tiene un primo en la ciudad de Ayacucho y que posiblemente sus hijos se encentren en ese lugar.

4.2. **Declaración de Felipe Guerra Ccaico (fs.20/22)** en la cual refiere que el día 18 de julio de 2018, vino a la ciudad de Ayacucho por cuanto tenía una citación para que preste declaración ante la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Ayacucho y como no tenía con quien dejar a sus menores hijos, por lo cual trajo a todos; asimismo refiere que su ex conviviente se retiró de su domicilio el día 22 de febrero, por la cual el día 14 de marzo de 2018, sin saber a dónde se habría ido, interpuso una denuncia contra su ex conviviente por abandono de hogar ante el Teniente Gobernador del Centro Poblado de Santa Cruz de Hospicio-Paras-Cangallo, y seguidamente le interpuso una demanda de alimentos ante el Juzgado de paz Letrado de Totos, Provincia de Cangallo.

4.3. **Denuncia por Abandono de Hogar (fs.18)** en donde el señor Felipe Guerra Ccaico pone la denuncia ante el Teniente Gobernador del Centro Poblado de Santa Cruz de Hospicio-Paras-Cangallo, Juan Arcadio Licapa Palomino de Hospicio contra su ex conviviente Carmen Rosa Quisuruco Mallqui, por haberse retirado de su domicilio y haber abandonado a sus menores hijos.

4.4. **Por otro lado se tiene que en el Expediente N° 011-2017-FA.** Tramitado ante el Juzgado de paz Letrado de Totos, Provincia de Cangallo, mediante **Resolución N° 04 de fecha 17 de mayo de 2018**, se ordena a la señora Carmen Rosa Quisuruco Mallqui, cumpla con acudir a sus menores hijos, con una pensión alimenticia mensual y

<sup>3</sup> Salinas Sicha, Ramiro, Derecho Penal Parte Especial- Volumen 1, Editorial Iustitia, Lima Perú 2018, Pág. 562.

<sup>4</sup> Ob. Cit. Pág. 563



“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

DISTRITO FISCAL DE AYACUCHO  
Primera Fiscalía Provincial  
Penal Corporativa de Huamanga  
Tercer Despacho Fiscal

adelantada ascendente al monto de TRESCIENTOS SESENTA Y 00/100 SOLES (S/.360.00), a razón de ciento veinte soles (S/. 120.00) para cada uno de sus hijos: Wilber, Nelson y Wilberto Guerra Quisiruco.

4.5. De todo lo expuesto anteriormente se tiene que la denunciante Carmen Rosa Quisiruco Mallqui se retiró del domicilio conyugal ubicado en el Centro Poblado de Santa Cruz de Hospicio-Paras-Cangallo-Ayacucho, el día 22 de febrero de 2018, por la cual el investigado Felipe Guerra Ccaico, le interpone una demanda de alimentos ante el Juzgado de paz Letrado de Totos, Provincia de Cangallo, tramitado en el Expediente N° 011-2017-FA, en la cual se emite sentencia mediante Resolución N° 04 de fecha 17 de mayo de 2018, se ordena a la señora Carmen Rosa Quisiruco Mallqui, cumpla con acudir a sus menores hijos, con una pensión alimenticia mensual y adelantada ascendente al monto de TRESCIENTOS SESENTA Y 00/100 SOLES (S/.360.00), a razón de ciento veinte soles (S/. 120.00) para cada uno de sus hijos: Wilber, Nelson y Wilberto Guerra Quisiruco. Hechos por la cual no se tiene los elementos configurativos del delito de **sustracción o retención de menor**, por cuanto es del caso concreto que la propia agraviada se ha retirado del domicilio conyugal, sin avisar a ningún familiar, abandonando a sus menores hijos, lo cual está acreditado con las Declaraciones de los menores Alberto (15), Rayda Antonia (14), Wilberto (06) y Wilber Guerra Quisiruco (12)(fs.24/34), aunado ello se tiene que la denunciante no ha acreditado con algún documento idóneo que tenga la Tenencia o Patria Potestad de los menores antes referidos; por la cual se debe archivar la presente investigación fiscal al no constituirse delito el hecho denunciado.

#### **QUINTO.- PROCEDENCIA DEL ARCHIVO FISCAL**

5.1. El artículo 334, inciso 1) del Código Procesal Penal, concordante con el artículo 336° inciso 1) del Código Procesal Penal señala que el fiscal podrá disponer no proceder formalizar investigación preparatoria cuando: a) El hecho denunciado no constituye delito. b) El hecho no es justiciable penalmente. c) Se presentan causas de extinción previstas en la ley. d) No aparecen Indicios Reveladores de la Existencia de un delito, e) No se ha individualizado al imputado.

5.2. En esa línea de argumentación, entendemos que la obligación del Fiscal es asegurarse que toda investigación conducida por él, contenga causa probable de imputación penal, esto es, no debe en lo absoluto formalizar por formalizar, sino, solo debe poner en marcha el aparato persecutor y jurisdiccional por existencia de suficientes elementos de convicción de la realidad y a la probabilidad de certeza de la comisión de un delito y la vinculación de los implicados en su perpetración.

5.3. De igual forma es necesario resaltar que es función esencial de este Ministerio Público, aplicando el criterio de selectividad, analizar la información o los hechos que son puestos en su conocimiento, y verificar entre otros aspectos, que los mismos tengan relevancia penal y por ende se subsuman en un tipo penal determinado, lo que no ocurre en el caso sub examine, respecto al delito materia de investigación.

5.4. En el caso específico, no se ha configurado el ilícito penal, toda vez que los abuelos maternos, únicamente tuvieron a la menor en vista de que su progenitora se había retirado de la vivienda, por lo que en bienestar de la menor, previamente tenía que instalarse en una habitación, propuesta que los denunciados hicieron a su hija en salvaguarda de su nieta, además, esclarecido las circunstancias de la primigenia decisión de los denunciados, en la diligencia de entrega del menor en despacho fiscal los denunciados efectuaron la entrega del menor con las

WILMA FLORES GONZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga



"Año del Dialogo y la Reconciliación Nacional"

DISTRITO FISCAL DE AYACUCHO  
Primera Fiscalía Provincial  
Penal Corporativa de Huamanga  
Tercer Despacho Fiscal

recomendaciones efectuadas en su bienestar personal y familiar.

5.5. En tal sentido, al no existir elementos de prueba o indicios razonables, que permitan afirmar la comisión del hecho denunciado y responsabilidad del investigado, corresponde disponer el archivo definitivo de la presente investigación por cuanto el hecho denunciado no constituye delito.

### III. DECISIÓN:

En consecuencia, estando a los fundamentos señalados, en aplicación del artículo 334.1 – del Decreto Legislativo N° 957, concordante con los artículos 12 y 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, este Despacho Fiscal.

#### DISPONE:

PRIMERO: NO PROCEDE FORMALIZAR, NI CONTINUAR LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, contra FELIPE GUERRA CCAICO por la presunta comisión del delito contra la Familia-patria potestad, en la modalidad de Sustracción o Retención de Menor, en agravio de CARMEN ROSA QUISIRUCO MALLQUI.

SEGUNDO: ORDENAR EL ARCHIVO de los actuados, una vez que la presente disposición quede consentida y/o confirmada por el Superior.

**Notifíquese y archívese la presente Disposición**

WFP/kmcl



WILMA FLORES  
FISCAL PROVINCIAL PROVINCIA  
Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga



CARPETA FISCAL : 1606014501-2017-1591-0.  
IMPUTADOS : FREDY ROLAND AQUINO CARRASCO.  
DELITOS : DAÑOS.  
AGRAVIADOS : JORGE VÁSQUEZ MENDOZA.  
FISCAL RESP. : LULIA FLORES GUTIÉRREZ.

NO PROCEDE FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN  
PREPARATORIA

DISPOSICIÓN N° 001-2018 -MP-FN/3DI-1FPPCH-DF-AYACUCHO.

Ayacucho, dieciséis de enero  
De año dos mil dieciocho.

VISTO: la investigación seguida contra FREDY ROLAND AQUINO CARRASCO, por la presunta comisión del delito Contra el Patrimonio, en la modalidad de Daños, en agravio de JORGE VÁSQUEZ MENDOZA.

I. HECHOS DENUNCIADOS.

El denunciante Jorge Vasquez Mendoza, con fecha 19 de julio de 2017, se hizo presente a la Comisaría de Ayacucho, a fin de solicitar que personal policial se constituya a su domicilio, ubicado en la Av. Ramón Castilla N°455 – Ayacucho, a fin de que se constate supuestos daños que se le habían ocasionado a su vivienda, mediante la construcción que se llevaba a cabo en el domicilio colindante.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

2.1. Atribuciones del Ministerio Público:

- 2.1.1. En el actual proceso penal, el Ministerio Público tiene una decisiva intervención, pues es el Órgano Constitucional Autónomo al que el Poder Constituyente le ha otorgado, de conformidad con el artículo 159° de la Norma Fundamental, la titularidad del ejercicio de la acción penal, la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; y representar en estos procesos a la sociedad. Como lógica consecuencia de este rol trascendental, a los fiscales que lo integran conforme al Artículo 14° de su Ley Orgánica y Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, les corresponde aportar la carga de la prueba, *actuando con objetividad indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado.* En sus funciones de requerimiento y postulación, pone en marcha el proceso penal; y en este caso concreto en base a la facultad constitucional antes mencionada, cabe analizar si esa facultad debe seguir siendo ejercida.
- 2.1.2. El sistema procesal penal vigente atribuye al representante del Ministerio Público la obligación de seleccionar los casos, cuya gestión opere con eficacia, pudiendo establecer "filtros" que le permitan seleccionar las causas penales que tienen posibilidad de ser investigadas con éxito, debiendo desestimarse aquellas que son "débiles" o carecen de futuro.
- 2.1.3. Según los incisos 1, 4 y 5 del artículo 159° de la Constitución Política del Estado, corresponde al Ministerio Público: promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho;

LULIA FLORES POZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga



conducir desde su inicio la investigación del delito; y ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. En tal sentido, su función lo faculta a seleccionar los casos que permitan operar con eficacia la gestión de los mismos; es decir, se aplica lo que en materia civil se le conoce como saneamiento, una especie de filtro procesal. En este orden, recibido una denuncia o noticia criminal, tras la debida investigación preliminar, de acuerdo a los presupuestos que establece la ley, procederá a formalizarla ante el Juez Penal o, en su caso, la archivará.

## 2.2. Análisis jurídico del Tipo Penal Investigado.-

### Delito de Daños.

2.2.1. El delito Contra el Patrimonio, en la modalidad de Daños- Daño Simple, se encuentra tipificado en el Artículo 205° del Código Penal, bajo la descripción: *"El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días- multa"*.

2.2.2. En el delito de daños a decir de Peña Cabrera, el objeto sobre el cual recae la acción criminal, de acuerdo a lo previsto en el articulado en cuestión, se trata de bienes muebles e inmuebles, el tipo penal en cuestión hace mención a la acción de "dañar", aquella consiste en la realización de actos materiales que provocan un menoscabo, una afectación a la estructura integral del bien, cuando se produce una visible alteración de su configuración corporal; con su acción el autor o agente no busca ni destruir ni utilizar el bien, lo único que busca es deteriorarlo para que no siga cumpliendo su finalidad normal y natural. Luego se habla de "destrucción", lo que importa la desaparición del bien, dejarlo en añicos, alterándose en su propia esencia y/o configuración, su estructuración material es objeto de una total modificación, por lo que el bien no puede ser susceptible de ser recompuesto o refaccionado a diferencia de lo que acontece en el daño. En lo que respecta al tercer verbo empleado "inutilización", se discute en la doctrina si el daño ha de referirse a la afectación a la sustancia misma del objeto o si solo es necesaria una lesión que recaía sobre su estimación pecuniaria, puede decirse que se presenta una inutilización cuando se perjudica la esencia misma de la cosa, propiciando su disfunción, en el sentido de que el bien sigue en poder factico de su dueño, mas ya no puede reportarle la utilidad que este tenía antes de la acción perjudicial. Asimismo, el daño en cualquiera de sus modalidades que se comprenden en este articulado, resultan reprimibles únicamente a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta a causar un daño, destrucción o la inutilización del bien, sabiendo de su ajenidad (total o parcial). Siendo esto así, si el autor cree erróneamente que el bien es de su propiedad, podrá dar lugar a un error de tipo.<sup>1</sup> Siguiendo el mismo lineamiento, se tiene al autor Ramiro Salinas quien refiere que el delito de daños es netamente doloso; es decir el agente actúa con conocimiento y voluntad de dañar, destruir o inutilizar un bien sea este mueble o inmueble sabiendo que le pertenece a otra persona; el agente quiere o debe querer el resultado<sup>2</sup>; para profundizar más su opinión hace mención a la Resolución Superior del 08 de abril de 1998, recaída en el Expediente N° 7968 – 97, la misma que describe que "el delito de daños se configura cuando el agente activo tiene la intención de dañar en forma total o parcial un bien sea este mueble

<sup>1</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal- Parte Especial. Editorial Moreno S.A.C. Tercera Edición. Tomo II. Pg. 706 – 710.

<sup>2</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal-Parte Especial. Editorial y Librería Jurídica GRIJLEY. 5ta. Edición. Lima. Pág. 1284.

o inmueble, incluyendo a los semovientes, por lo que se opera el menoscabo económico en el agraviado y que no produce beneficio alguno al agente activo es decir se aparta de cualquier propósito de lucro”<sup>3</sup>.

### 2.3. Análisis del caso.-

2.3.1. Teniendo en cuenta el análisis jurídico, los hechos denunciados y los medios de pruebas acopiados, corresponde ahora determinar si los hechos denunciados, constituyen el delito Contra el Patrimonio, en su modalidad de Daños.

2.3.2. En tal sentido, en el presente caso, habiéndose realizado las diligencias urgentes e inaplazables; se tiene el informe N° 236-2017-MPH-SGGRYDC/ITSE-VLLB, de fecha 25 de julio de 2017, suscrito por el inspector técnico de seguridad en edificaciones del Centro Nacional de Estimación Prevención y Reducción de riesgos de desastres de la Municipalidad Provincial de Huamanga, en la que concluye que: “El inmueble de material noble ubicado en la Av. Ramón Castilla N° 459, propiedad del Sr. Jorge Vásquez Mendoza; los muros del segundo piso han sido fisurados debido a las vibraciones y empuje durante la construcción de vivienda en el lado derecho, por el Sr. Fredy Roland Aquino Carrasco...”

2.3.3. Asimismo, se tiene la declaración de Jorge Vásquez Mendoza, de fecha 29 de setiembre de 2017, quien señala ser propietario el inmueble ubicado en la Av. Ramón Castilla N° 455–Ayacucho; en cuento a los hechos denunciados señala que el día 19 de julio de 2017, aproximadamente entre las 17:00 horas y 18:00 horas observó que una maquinaria pesada llenaba concreto armado apoyando a su propiedad, en vez de levantar las paredes como se debe legal y técnicamente, ocasionado graves daños en su pared, columna y puerta del segundo nivel de su propiedad; responsabilizando por los daños al señor Fredy Roland Aquino Carrasco, quien viene a ser su colindante. Por otro lado, señala que los daños ascienden a un promedio de mil soles (S/1,000.00) soles, precisando que una parte del muro más afectado ya ha sido reparado por el denunciado, faltando la puerta y una parte del muro para arreglar, indicando además que con el denunciado se realizó un acuerdo el día 20 de julio de 2017, la cual no ha cumplido en su totalidad, debiendo un promedio de S/600.00 soles.

2.3.4. Si bien, se ha acreditado el daño ocasionado en el inmueble ubicado en la Av. Ramón Castilla N° 455–Ayacucho de propiedad del denunciante, no obstante, se tiene también que para atribuir responsabilidad penal, se requiere que el investigado haya tenido la **intensión de dañar el inmueble**, situación que no se aprecia en la presente, toda vez, que los daños en el inmueble del denunciante no han sido ocasionados directamente por el imputado, sino a consecuencia del empuje y vibraciones durante la construcción de la vivienda del Sr. Fredy Roland Aquino Carrasco. Además, debemos tener en cuenta que el delito de DAÑOS es de naturaleza comisiva y no omisiva, por lo que obligatoriamente tiene que concurrir *el elemento subjetivo dolo*, es decir, se trata de aquella clase de delitos que en doctrina se denominan “tipos resultativos o tipos prohibitivos de causar”, en los cuales para que el comportamiento cumpla el tipo, se requiere no solo el nexo de causalidad, sino además que dicha conducta sea imputable jurídicamente a una persona. Ello conlleva a considerar que el nexo de causalidad entre el resultado y la acción no es suficiente para

<sup>3</sup> Resolución Superior del 08-04-1998. Expediente N° 7968-97; citada por SALINAS SICCHA, Ramiro. En su libro Derecho Penal-Parte Especial. Editora y Librería Jurídica GRIGLEY E.I.R.L. 5ta Edición. Lima. Pg. 1284.



considerar a una conducta como típica; se requiere, además, la relevancia del nexo causal que permita comprobar que ese resultado puede ser objetivamente imputado al comportamiento del autor; en ese entender, en el presente caso, no se advierten indicios de la comisión del delito materia de imputación; por ser esta una acción durante la construcción de la vivienda del imputado, y no así, un acto de *realización de actos materiales que provocan una afectación a la estructura integral del bien*; siendo así, esta vía procedimental no es la adecuada para discutir este conflicto de intereses y/o incertidumbre jurídica, debiendo en consecuencia el denunciante acudir ante la autoridad competente y tramitarla ante la entidad y vía procedimental correspondiente. Debiendo tener en cuenta que el Derecho Penal es *última ratio*, a la cual se debe recurrir sólo cuando otras vías o instancias previas existentes hayan sido agotadas.

2.3.5. En esa línea de análisis, cabe señalar que, en el Derecho Penal existen principios inamovibles que no pueden ser vulnerados para dar rienda suelta a los excesos. Siendo uno de ellos la tipicidad -exigencia según la cual el comportamiento humano solamente puede ser incriminado si coincide rigurosamente con una previsión nítida de la ley- y la consecuente obligación de evitar, por todos los medios, las extensiones y las generalizaciones; tal es así que, para que el representante del Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal en el hecho investigado, debe concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado.

2.3.6. En igual sentido, entendemos que la obligación del Fiscal es asegurarse que toda investigación conducida por él, contenga causa probable de imputación penal, esto es, no debe en lo absoluto formalizar por formalizar, sino, sólo debe poner en marcha el aparato persecutor y jurisdiccional por existencia de suficientes elementos de convicción de la realidad y a la probabilidad de certeza de la comisión de un delito y la vinculación del implicado en su perpetración, además de satisfacer los requisitos de procedibilidad.

2.3.7. Que, de conformidad con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal: "*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*"; por lo que para determinar la relevancia típica de los hechos, así como la responsabilidad por la comisión de los mismos, se requiere que los elementos probatorios obtenidos sean suficientes para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

2.3.8. En ese contexto, se advierte que el delito Contra El Patrimonio, en la modalidad de Daños- Daño Leves, imputado al denunciado es atípico, es decir, que no es posible subsumirse o adecuarse a la conducta hipotética descrita en el tipo penal; por lo que corresponde archivar definitivamente la presente investigación.

### III. CONCLUSIÓN

En consecuencia, por los fundamentos expuestos, el Fiscal Provincial del Tercer Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga, de acuerdo a las atribuciones conferidas en los Arts. 1, 12 y 94 – Inc. 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobado mediante D. Leg. N° 052, **DISPONE:**

**PRIMERO:** NO PROCEDE FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, contra FREDY ROLAND AQUINO CARRASCO, por la presunta comisión del delito Contra el Patrimonio, en la modalidad de Daños, en agravio de JORGE VÁSQUEZ MENDOZA.

WILSON F. GARCÍA RIZZO  
FISCAL PROVINCIAL HUAMANGA  
PRIMERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA  
DISTRITO FISCAL DE AYACUCHO  
SAN JUAN BAPTISTA/HUAMANGA/AYACUCHO



**SEGUNDO:** ORDENAR EL ARCHIVO de los actuados, una vez que la presente disposición quede consentida o confirmada por el Superior.

**REGÍSTRESE, OFÍCIESE Y NOTIFIQUESE SEGÚN CORRESPONDA.**

LFG/ea.



VALMA FLORES POZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga



CASO : 795-2018.  
IMPUTADO : Noé Ovidio Briones Burga  
DELITO : Daños y otro.  
AGRAVIADO : Manuel Alberto Moya Quevedo y otro.

## NO PROCEDE FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

### DISPOSICION N° 1-2018-MP/FN-1FPCH-3D

Ayacucho, nueve de febrero  
del año dos mil dieciocho.-

#### DADO CUENTA:

Los actuados de la investigación, seguido contra **Noé Ovidio Briones Burga**, por la presunta comisión del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de daños (Accidente de Tránsito) y otro, en agravio de Manuel Alberto Moya Quevedo y otro.

#### CONSIDERANDO:

##### I.- HECHOS DE LA INVESTIGACIÓN

De los actuados, se tiene que el día 16 de julio de 2017, siendo las 14:00 horas, el personal policial habría tomado conocimiento de un accidente de tránsito suscitado a la altura del Km 471 de la vía, Ayacucho-Andahuaylas, lugar denominado Pallcca, Distrito de Ocros, Provincia de Huamanga, en donde se constató en la vía (curva) el guarda vía abollado, movido de su posición original en un aproximado de 40 m de largo, con dirección de Pallcca hacia Ocros, en una quebrada a unos 30 m aprox., hacia abajo, con dirección de sur a norte, constato un vehículo camión de placa de rodaje ATV-926 marca FREIGHTLINER, color rojo, el cual estaba recostado del lado derecho, con las llantas con dirección a la vía, encontrándose en la vía trozos de mica que serían del vehículo en mención, así como en la vía se apreció y una huella de frenada de 20 m aprox., constándose a la vez marcas, arbustos rotos por donde se habría despistado y volcado el vehículo, la vía se encontraba mojado por la llovizna, así mismo en el lugar se encontraba la persona de Noé BRIONES BURGA, quien refirió ser el conductor del vehículo despistado, de propiedad de la Empresa SHALOM ENPRESARIAL SAC y que el día de la fecha a eso de las 13:10 horas, viajaba en compañía de la persona de Alejandro palomino Espinoza, desde la ciudad de Lima con destino final Juliaca, y que conducía a una velocidad de 30 a 35 Km/h y que en este punto, curva en U y por la pista mojada, con la carga del camión, el furgón le jalo, haciendo que el vehículo se despiste y quede a unos 30 metros de la vía, en un barranco, de ahí logro salir del vehículo junto con su compañero, el cual tenía la cabeza rota y estaba sangrando, por lo que con ayuda de las personas que transitaban por el lugar, evacuo a su compañero en una auto a un Centro de Salud más cercano (Ocros).

##### II.- FUNDAMENTOS:

###### a) Rol del Ministerio Público

2.1.- El Ministerio Público es el organismo constitucional autónomo, cuya representación es ejercida por los Fiscales de los distintos niveles jerárquicos, quienes conforme al artículo 159 de la Constitución Política del Estado, principalmente, tienen las funciones de la titularidad del ejercicio de la acción penal, la conducción de la investigación del delito, la defensa de la



legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, la representación de la sociedad en los procesos judiciales.

**2.2.-** La actuación del Fiscal debe estar regido a los mandamientos de la Constitución y la Ley<sup>1</sup>. En tal contexto, el Tribunal Constitucional ha establecido que la facultad de ejercer la acción penal debe encontrarse sometida al Principio de interdicción de la arbitrariedad y, si bien cualquier persona puede ser investigada, para que esta actividad se desarrolle se exige la concurrencia de dos elementos esenciales: a) *que exista una causa probable y b) una búsqueda razonable de la comisión de un ilícito penal*<sup>2</sup>. Tal actividad debe desarrollarse dentro de un plazo razonable.

**3.3.-** Asimismo, cabe mencionar que el sistema procesal penal vigente atribuye al representante del Ministerio Público la obligación de seleccionar los casos, cuya gestión opere con eficacia, pudiendo establecer "filtros" que le permitan seleccionar las causas penales que tienen posibilidad de ser investigadas con éxito, debiendo desestimarse aquellas que son "débiles" o carecen de futuro; por tanto, una investigación no puede prolongarse indefinidamente, máxime si en el presente caso se realizó diligencias preliminares. En estos supuestos, un criterio de certeza jurídica y razonabilidad aconseja poner punto final a las indagaciones, pues no es posible mantener ocupados a los operadores jurídicos penales de persecución del delito en casos que no tienen mayor perspectiva de ser judicializados e indefinidamente pendiente de resolución en el sistema, cuando los operadores jurídicos requieren, por el contrario, ocuparse de aquellos casos que realmente pueden ser planteados con éxito ante el Órgano Jurisdiccional.

**3.4.-** Igualmente, debe entenderse que las decisiones del Ministerio Público serán definitivas únicamente cuando se declara no ha lugar a formalizar investigación preparatoria –o no ha lugar a iniciar investigación preliminar– en el supuesto que el hecho denunciado no constituya delito; en los demás casos de archivamiento de una denuncia, por déficit o falta de elementos de prueba, si posteriormente se advierte nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, se permite a este organismo constitucional autónomo reabrir la investigación preliminar. Tales conclusiones han sido establecidas por el Tribunal Constitucional Peruano en las sentencias recaídas en los Expedientes números 681-2005-PHC/TC y 2725-2008-PHC/TC<sup>3</sup>, donde se desarrolla el principio *ne bis in idem* como una manifestación de la cosa decidida en sede fiscal.

### III.- DE LAS DILIGENCIAS ACTUADAS Y DOCUMENTOS RECEPCIONADOS:

- Informe Policial N° 02-2018-VIII-MACREPOL-A-I-RPA/DIVOPUS-COM-OCROS "E", de fecha 26 de enero de 2018, mediante el cual el personal policial da cuenta de las diligencias efectuadas con relación al accidente de tránsito, despiste y volcadura (vuelco en tonel) con lesiones personales y danos materiales, del vehículo de placa ATV-926, de la Empresa de Transportes SHALOM Empresarial SAC.

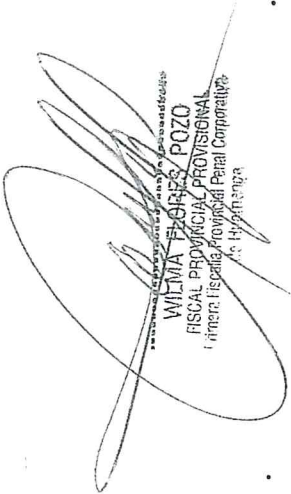
<sup>1</sup> Según dispone el inciso 1 del artículo 61 del Código Procesal Penal: "El fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley..."

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 5228-2006-PHC/TC.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, fundamento 19: "(...) Distinto sería el caso, si el motivo de archivamiento fiscal de una denuncia, se decidiese por déficit o falta de elementos de prueba, por cuanto la existencia de nuevos elementos probatorios, no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar, siempre que los mismos revelen la necesidad de una investigación del hecho punible y el delito no haya prescrito".

WENIA FLORES POZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Tercer Desnacho Corporativa Penal Huamanga

- Acta de Intervención y Constatación Policial, en el lugar de los hechos, altura del Km 471 de la vía Ayacucho-Andahuaylas, siendo las 14:00 horas del día 16 de enero de 2018, donde se constató los danos materiales del vehículo y las circunstancias como sucedieron los hechos.
- Acta de recepción de declaración verbal del agraviado Manuel Alberto Moya Quevedo, quien viene hacer empleado del Consorcio Sahuinto, aduciendo ser perjudicado por los danos ocasionados por la empresa Shalom, como diez planchas de barra de seguridad de 5.66m lineales cada una, por 50 m de anchos y 11 postes metálicos acerados de 1.60 m cada una, todo valorizado en un monto de S/. 10.000 soles, ocurrido a la altura del Km 471 de la Vía Ayacucho-Andahuaylas, lugar denominado Palleca, Distrito de Ocros.
- Pandeux fotográfico del despiste y volcadura del vehículo camión de placa de rodaje ATV-926 marca FREIGHTLINER, color rojo, el cual estaba recostado del lado derecho, con las llantas con dirección a la vía, en fojas 05.
- Manifestación de Manuel Alberto Moya Quevedo, quien se ratifica de su denuncia, acotando que por los danos ocasionados, se comprende también 110 pernos, 11 amortiguadores, haciendo un total de S/. 10.0000 a 15.000.00 soles de danos producidos a su empresa, a fs.16 y 17.
- Manifestación de Noé Oviedo Briones Burga, quien refiere que a las 13:10 horas aproximadamente, en circunstancias que conducía el vehículo camión de placa de rodaje ATV-926 marca FREIGHTLINER, color rojo, en la vía Ayacucho-Andahuaylas, en una curva "U" la pista estaba mojada, y manejaba a una velocidad de 30 Km/h, el furgón del camión que estaba cargada en una aproximado de 12 toneladas, le jalo por lo que intento frenar, pero el peso de la carga hizo que el camión se incline hacia la derecha, chocando contra el guarda vía, para luego voltearse y después de dar dos vueltas quedo a uno 30 m aprox., de la vía en un barranco, se encontró asustado, y le protegió el cinturón de seguridad, pero su compañero que estaba durmiendo en el camarote del camión, estaba con la cabeza rota, sangrando, por lo que por sus propios medios lograron salir de la cabina, la cual estaba abollada y el parabrisas roto, luego salieron a la pista y lograron ayudar a su compañero evacuándolo al centro del salud de Ocros, quedándose su persona para cuidar la carga y el vehículo.
- Copia del Manifiesto de carga- Shalom Empresarial S.A.C. en fojas 07, con el cual se demuestra que llevaba como carga 145 productos (encomiendas), remitido por personas naturales y jurídicas para ser entregados en su destinatario.
- CERTIFICADO MÉDICO LEGAL emitido por el Centro de Salud de Ocros, quien certifica que el paciente Noe Oviedo Briones Burga, presenta: poli contuso y Herida de miembro superior izquierdo, recomendando reposo relativo de tres días y terapia analgésico/antiinflamatoria.
- CERTIFICADO MÉDICO LEGAL emitido por el Centro de Salud de Ocros, quien certifica que el paciente Alejandro Palomino Espinoza, presenta: poli contuso, Tec Leve, herida de Cuello cabelludo, recomendando reposo relativo de quince días y terapia analgésico/antiinflamatoria. Recomienda evaluación por Neurología con urgencia para descartar danos craneoencefálicos.



WILMA TORRES POZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga



DISTRITO FISCAL DE AYACUCHO  
Primera Fiscalía Provincial Penal  
Corporativa de Huamanga  
Tercer Despacho

- Certificado de Dosaje Etílico Nro. 0024-001134, extraído a la persona de Noé Oviedo Briones Burga, que tiene como resultado CERO GRAMOS CON CERO CENTIGRAMOS DE ALCOHOL EN LA SANGRE.

#### IV.- ANÁLISIS DEL TIPO.

4.1.- Que, el delito de Lesiones Culposas, se encuentra tipificado en el cuarto párrafo del artículo 124° del Código Penal, que señala: "La Pena privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de seis años e inhabilitación, según corresponda, conforme al artículo 36° -Inciso 4), 6) y 7)- si la lesión se comete utilizando vehículo motorizado (...), o cuando el delito resulte de la inobservancia de las reglas técnicas de tránsito.

En tanto el delito contra el patrimonio en la modalidad Daños Agravados, se encuentra tipificado en el Artículo 206°, que prescribe: La pena para el delito previsto en el artículo 205° será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando: "(...) 2. Recae sobre medios o vías de comunicación, diques o canales o **instalaciones destinadas al servicio público.**

4.2.- Conforme se tiene de la denuncia recepcionada por parte del agraviado Manuel Alberto Moya Quevedo, quien viene hacer empleado del Consorcio Sahuinto, se advierte que efectivamente de produjeron danos materiales en las vías de comunicación instaladas pero, esta se produjo por caso fortuito y/o fuerza mayor, no con la intención de dañar dolosamente dichas instalaciones destinadas al servicio público, conforme se puede constatar de las actas levantadas por el personal policial, puesto que por la lluvia que se había producido hizo que el vehículo se despistara y volcara, produciendo lesiones en el conductor y copiloto, el cual no produjo mayores desastres o muertes, donde una vez producido dicho accidente de tránsito, ambos trataron de apoyarse y auxiliarse<sup>4</sup>, para luego ser conducidos al Centro de salud más cercano – Ocros. En este sentido no podría efectuarse una valorización de los danos porque no hubo intención de producir dichos destrozos por parte del denunciado.

4.3.- Por otro lado, para la configuración del delito de lesiones culposas<sup>5</sup>, se debe analizar el deber objetivo o el deber de cuidado que tiene el agente mientras realiza una acción concreta a título de profesión u oficio esto por ser elemental en la acción que despliega al momento de manipular un bien riesgoso o peligroso; en el presente caso si bien es cierto que el conductor del vehículo (camión) produjo un accidente de tránsito causando lesiones a su propia persona y copiloto, sin embargo conforme se tiene de los certificados médicos emitidos por el Centro de salud de Ocros, estas no serían considerables, salvo de la persona de Alejandro Palomino Espinoza, el cual requiere mayor atención por otra especialidad, pero ello, tampoco se habría producido por negligencia o impericia de parte del conductor, sino por un fenómeno natural – lluvia que hizo que el vehículo se deslizara, pese haber frenado, conforme se tiene de la constatación policial, por lo que, no se sería sancionable menos aun merecedora de una reparación civil, más aun teniendo en consideración que una vez producido el incidente, este

<sup>4</sup> "Ejecutoria de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 1011-98. Lima 12 de agosto de 1998 "(...) Las lesiones culposas pueden ser definidas como aquella lesión producida por el agente al no haber previsto el posible resultado antijurídico, siendo ello previsible, o cuando habiéndolo previsto, confía en que no se producirá el resultado que se presenta (...)".

<sup>5</sup> "Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 7 de setiembre de 1998, Exp. N° 499-98. "(...) El momento objetivo del tipo, en los delitos de abandono de personas en peligro, exige el análisis de tres aspectos: a) creación de la condición para que sea posible realizar el verbo rector (haber herido o incapacitado a los agraviados); b) realización del verbo rector (Omitir prestar ayuda), y c) resultado (puesta en peligro la vida o la salud) – se entiende en grado mayor- de los agraviados. Consistiendo el socorro en la modificación de una situación en peligro, debe entenderse que se concluye el mismo, en el instante en que el inculpado decide omitir una conducta incompatible con aquella modificación; por otro lado, la imposibilidad material de modificar la situación de riesgo, sin que se haya abandonado el propósito de socorrer (materializándose éste a posterior), no configura el ilícito descrito en nuestro texto punitivo. (...)".

fue auxiliado por el denunciado y por motivos de que no se robaran la carga que traía se quedó en dicho lugar para su respectiva custodia, lo cual hace plausible que se reconozca dicha actitud.

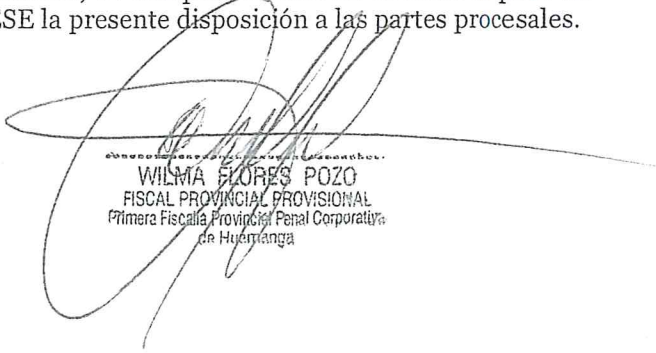
4.4.- En ese entender, es preciso señalar, que el artículo 334° del Código Procesal Penal en su inciso 1, establece que el Fiscal podrá disponer no procede formalizar y continuar investigación preparatoria cuando: i) **El hecho no constituye delito**, ii) El hecho no es justiciable penalmente. iii) Se presentan causas de extinción previstas en la ley. Asimismo, el artículo 336° inciso 1 del Código Procesal Penal señala que el Fiscal podrá disponer la formalizar investigación preparatoria cuando: i) **Aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito**. ii) Que la acción penal no ha prescrito. iii) Que se ha individualizado al imputado. iv) Se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, en el presente caso no existe ningún elemento de convicción sobre la comisión del hecho punible, mucho menos el hecho investigado constituye delito, por ello estamos frente una causal de archivo definitivo de la causa.

4.5.- Además, es pertinente señalar que las actuaciones del Ministerio Público están regidas por el Principio de objetividad, que está consagrada en el inciso 2 del artículo IV del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal; el mismo que hace referencia a lo siguiente: "en la etapa de la investigación preliminar **debe actuarse bajo datos objetivos ciertos y verificables** a partir de los cuales se pueden elaborar hipótesis de trabajo, de tal manera que las diligencias o actuaciones fiscales inmediatas se encuentran orientadas a alcanzar ese mínimo probatorio necesario que de configuración a un hecho punible para iniciar una investigación"<sup>6</sup>.

#### V.- CONCLUSIÓN

Por los fundamentos expuestos, el Fiscal Provincial Titular de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga, con las atribuciones conferidas por el Artículo 159, inciso 4) de la Constitución Política del Estado, los Artículos 1° y 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado mediante Decreto Legislativo N° 052, el Art. 65, inc. 1) y 2); Art. 334, inc. 1) del D. Leg. N° 957, Nuevo Código Procesal Penal, **DISPONE: Primero.- DECLARAR QUE NO PROCEDE FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA** contra Noé Oviedo Briones Burga, por la presunta comisión del delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Lesiones Culposas y por el delito contra el Patrimonio en la modalidad de daños Agravados, en agravio de Manuel Alberto Moya Quevedo; consecuentemente, ordenándose el **ARCHIVO DEFINITIVO** de los actuados, consentida o firme que sea la presente, se cumpla con derivar al archivo para su custodia respectiva. Segundo.- **NOTIFÍQUESE** la presente disposición a las partes procesales.

Wfp/3d



WILMA FLORES POZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga

<sup>6</sup> Sánchez Velarde, Pablo. Introducción al Nuevo Proceso Penal, reimpresión. Ideosa Lima. Perú. 2009. Pág. 29.





DISTRITO FISCAL DE AYACUCHO  
Primera Fiscalía Provincial  
Penal Corporativa de Huamanga  
Tercer Despacho de la Primera Fiscalía

Caso : 1606014501-2018-637-0  
Imputado : Faustino Pauca Jaules y Otros.  
Delito : Daños Agravados y otros.  
Agravado : Alberto Quispe Zavaleta.  
Fiscal Resp. : Lulia Flores Gutiérrez.

## NO PROCEDE FORMALIZAR, NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACION PREPARATORIA.

### DISPOSICION N° 03-2018-1FPPC-MP-AYAC.

Ayacucho, 15 de junio  
del dos mil dieciocho.-

#### I. ASUNTO:

Disposición de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga, con relación a la denuncia interpuesta contra Faustino Pauca Jaules, Julio Dante Cordova Ochoa, Jorge Gómez Prado, Fabian Lescano Morales, Lilian Annete Cárdenas Palomino y L.Q.R.R. por la presunta comisión del delito Contra el Patrimonio en la modalidad Daños Agravados y por el Delito contra la Administración Pública en la modalidad de Abuso de Autoridad, en agravio del Conjunto Habitacional José Ortiz Vergara –Enace.

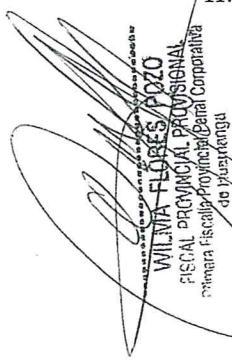
#### II. SOBRE LA LABOR DEL MINISTERIO PÚBLICO.

2.1 El Código Procesal Penal establece, que al Ministerio Público le corresponde el ejercicio de la acción penal y la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación del delito. Por lo tanto, está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado.

2.2. El Fiscal, realizada o no las diligencias preliminares, calificará la denuncia y determinará si es conveniente iniciar la investigación preparatoria o no. En caso de que arribe a la conclusión de que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, por las causales expuestas en el inciso primero del Art. 334° del NCPP, ordenará el archivo de la denuncia. En estos casos la decisión del Fiscal adquiere la calidad de consentida si es que no es recurrida ante el superior, dentro del plazo establecido por Ley. La calificación de la denuncia es sumamente importante, no sólo porque mediante ella se puede evitar dar inicio a todo un proceso de investigación, para aquellos supuestos en los que la veracidad de la denuncia puede ser desvirtuada fácilmente, sino que además, la facultad del Fiscal de archivar los actuados sólo se puede dar hasta antes de la formalización de la investigación preparatoria. Es importante destacar que las disposiciones del Fiscal tendientes al archivamiento del caso, implica la imposibilidad de que dicho caso pueda ser promovido por otro Fiscal. Excepcionalmente, la norma deja abierta la posibilidad de reabrir la investigación si es que se aportan nuevos elementos de convicción o se acredita que la denuncia no fue debidamente investigada. (Art. 335°, inc. 2) del NCPP).

#### III. SOBRE LOS HECHOS DENUNCIADOS

3.1. El denunciante Alberto Quispe Zavaleta, señala que los vecinos del Conjunto Habitacional José Ortiz de Vergara – Enace, viene conduciendo el Lt.2 de la Mz. V, con el área de 2,296.14 m2, por más de 25 años, utilizando como parque o área verde, en los últimos meses la DIRESA, pretende ejecutar una construcción de manera arbitraria e ilegal, ocasionando un malestar y conflicto social con los pobladores que viven pacíficamente; es así que, el 07 de diciembre del 2016 como 30 trabajadores, durante la ausencia del denunciante y sin consulta con los miembros de la Junta

  
WILMA FLORES POZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga



Directiva, trajeron maquinarias pesada con pretexto de sacar muestras y realizar el análisis del suelo de dicho lote, pretendieron alterar la configuración del área verde, hechos lamentables que generaron conflicto social, en ese mismo sentido con la finalidad de evitar conflictos, el Director de la DIRESA Med. Hugo Enrique Huamán Brizuela, Asesor Legal y Sub Director Walter Bedriñana, suscribieron un acuerdo, para evitar nuevos hechos conflictivos, cuyo compromiso ha sido incumplido por la DIRESA, nuevamente un grupo de trabajadores de la DIRESA y otras tres personas, el pasado 18 de diciembre de 2017 irrumpieron, contra la vida de los vecinos y causaron destrozos en el lote referido destinado como parque de adulto mayor, la representante legal de la DIRESA Lilian Annete Cárdenas Palomino, señalaba que pretendían tomar posesión del terreno otorgado por Bienes Nacionales, pese a no ostentar ningún derecho respecto a dicho lote.

#### IV. PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONSTITUCIONALES PARA CALIFICAR UNA DENUNCIA

4.1 El artículo 334° inciso 1) del Código Procesal Penal señala que: *“Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares considera que el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria”*; Igualmente de la interpretación teleológica del artículo 336° inciso 1 del Código Procesal Penal se evidencia que se debe tener en cuenta lo siguiente: *“Si de la denuncia o diligencias preliminares aparecen indicios reveladores suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia del delito, materia de imputación debe Formalizar Investigación Preparatoria, caso contrario, no puede el Fiscal Formalizar la continuación de la Investigación Preparatoria, es decir, dicho articulado señala que no basta con realizar comprobaciones formales acerca de si el hecho puede subsumirse en un determinado tipo penal (Apariencia del delito), si se ha individualizado a su presunto autor (persecución penal personal) o que el hecho no haya prescrito (presupuesto procesal), sino que se impone el realizar una actividad y tarea material que es: 1.- Verificar si de la denuncia o diligencias Preliminares existen indicios o elementos de juicio que acrediten la comisión de un delito y la responsabilidad penal de un persona; 2.- Valorar si los indicios o elementos de juicio son suficientes, idóneos y aptos para acreditar la comisión del delito y la relación del autor o participe con tal hecho; obedeciendo su justificación al fortalecimiento de una posición de garantía y eficiencia de la justicia penal que el legislador ha querido incorporar a nuestro proceso penal y la necesidad de armonizar de manera adecuada y dentro de los límites constitucionales, la persecución penal eficaz, con una protección adecuada de los derechos fundamentales”*; al respecto el Tribunal Constitucional en la STC N° 5228-2006-PHC/TC ha precisado que: *“[...] el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial. Ello es así en la medida que si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) Que exista una causa probable y 2) una búsqueda razonable de la comisión de un ilícito penal”*.

#### V. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS DENUNCIADOS

##### 5.1 DEL DELITO DE DAÑOS AGRAVADO:

Los presupuestos típicos del delito de **Daños Agravado**, en cual se encuentra previsto en el inciso Art. 206 en corcondancia con el Art. 205 del Código Penal:

##### Artículo 205. Daño simple

*El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa."*

Artículo 206.- *La pena para el delito previsto en el artículo 205 será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando:*

- 1. Es ejecutado en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública o destinada al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas.*
- 2. Recae sobre medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones destinadas al servicio público.*
- 3. La acción es ejecutada empleando violencia o amenaza contra las personas.*
- 4. Causa destrucción de plantaciones o muerte de animales.*
- 5. Es efectuado en bienes cuya entrega haya sido ordenada judicialmente.*
- 6. Recae sobre infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad o telecomunicaciones."*
- 7. Si la conducta recae sobre la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para la exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización o abastecimiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados conforme a la legislación de la materia."*

*El delito de Daños, se configura hasta en tres modalidades. La primera modalidad se presenta cuando el agente dolosamente daña, menoscaba, estropea o deteriora un bien mueble o inmueble, que total o parcialmente corresponde a otra persona, quien por tal circunstancia se convierte en sujeto pasivo de la acción; la segunda forma se presenta cuando el agente dolosamente destruye, arruina, demuele, elimina o deshace un bien mueble o inmueble, que total o parcialmente corresponde a otra persona, es decir, es ajeno; y al tercer modalidad se presenta cuando el agente dolosamente inutiliza, inhabilita, imposibilita o invalida un bien mueble o inmueble, que total o parcialmente corresponde a otra persona. El delito de daños es netamente doloso; es decir, el agente actúa con conocimiento y voluntad de dañar, destruir o inutilizar un bien mueble o inmueble, sabiendo que le pertenece a otra persona. El agente quiere o debe querer el resultado.*

## **5.2. DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD:**

Los presupuestos típicos del delito de Abuso de Autoridad, en cual se encuentra previsto en el Art. 376 del Código Penal:

*El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.*

*Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años."*

**Bien Jurídico Protegido:** Viene a ser "...asegurar el correcto y regular desenvolvimiento de la



Administración Pública. En lo específico, se trata de configurar un marco jurídico de ejercicio funcional al margen de manifestaciones o exteriorizaciones abusivas de poder del que goza en funcionario público.”<sup>1</sup>

**El Sujeto Activo:** El sujeto activo puede ser solamente aquella persona que tenga la cualidad de Funcionario Público, el funcionario debe poseer la atribución de la que abusa. No se reprime al Servidor Público.

**Sujeto Pasivo:** Viene a ser siempre el estado, único titular del bien jurídico protegido como es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, no obstante, tal como aparece construida la fórmula legislativa, es coherente sostener que también se constituye en sujeto pasivo la persona particular o jurídica afectada directamente con el acto arbitrario y abusivo del sujeto activo del delito.

**La tipicidad Objetiva del delito de Abuso de Autoridad** posee los siguientes componentes:

a) **Elemento normativo:** “esta constituye la puerta de ingreso a la tipicidad objetiva del abuso genérico de autoridad. Dicho elemento está dado por la existencia de un funcionario público que comete u ordena el delito, es decir, por el autor. Nadie más que el ejecuta o consuma el delito de Abuso de Autoridad.

b) **El Abuso de Atribuciones:** El funcionario Público deberá hallarse en ejercicio efectivo de funciones para que sea susceptible de llenar las exigencias de tipicidad objetiva-normativa del delito... de Abuso de Autoridad, para que pueda abusar objetivamente de las atribuciones que el cargo o la función le confiere.

c) **Cometer u ordenar un acto arbitrario:** El acto arbitrario se define como toda decisión personal que no se halla legitimada por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico sino que responde a intereses subjetivos del funcionario Público y que sustituye o reemplaza lo mandado o contemplado en la ley y reglamentos.

Cometer u ordenar el acto arbitrario constituye el núcleo de la conducta típica que condensa las modalidades de acción del agente. El abuso de autoridad puede ser así mediante comisión o mediante orden:

1) “**El primer caso** (mediante comisión), cuando quien ejecuta y consuma el delito es el propio funcionario público, quien puede valerse de cómplices que coadyuvan en la ejecución de su decisión, pero siempre será el quien posee el control e interviene directamente en la ejecución material de los actos arbitrarios perjudiciales.”<sup>2</sup>

2) “**En el segundo caso**, el abuso mediante orden presupone dos niveles de actos ejecutivos: la preexistencia de la orden de ejecutar el acto arbitrario y la ejecución propiamente. En esta segunda hipótesis legal de abuso, el funcionario hace uso de la estructura administrativa para que sean otros quienes lleven a la práctica el acto arbitrario, incluso puede valerse de extraneos al sector público, pero siempre tendrá el control del acto.”<sup>3</sup>

d) **El Perjuicio de alguien:** El perjuicio en este tipo de delitos tiene dos lecturas: una formal y

<sup>1</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, “Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos, Editorial Nomos & Temis, Lima – Perú 2017, pág., 123.

<sup>2</sup> Ob Cit. pág. 129.

<sup>3</sup> Ibídem.

otra material.

**1. El Perjuicio en sentido formal**, que sufre la administración Pública es de afectación a su regularidad y buena marcha, generada por el comportamiento abusivo del funcionario. El sistema de normas jurídicas que obliga a los funcionarios a fomentar el bien jurídico protegido- mantenerse en los cánones de legalidad- sufre el impacto de la infracción. No se trata de una afectación material, a diferencia de lo que puede acontecer con el perjuicio al destinatario material de la acción ilícita, por lo general, un particular o colectivo social.

**2. El Perjuicio en sentido Material**, el perjuicio está representado por la lesión o menoscabo en sus derechos que sufre la persona involucrada negativamente con la acción del agente. El perjuicio puede ser de naturaleza múltiple, la norma en este punto no establece restricciones, pudiendo adquirir características económicas, administrativas, de tiempo, aflictiva, moral, de imagen, etc.

**Consumación y Tentativa:** Se consuma, cuando se efectiviza que se haya producido el perjuicio originado por el acto arbitrario. El iter criminis del abuso de autoridad admite sin problemas las diversas formas de tentativa. En los casos en que la orden y la ejecución forman una estrecha unidad de acción en el tiempo.

## VI. ELEMENTOS DE CARGO Y DESCARGO RECABADOS DURANTE LA INVESTIGACIÓN

**6.1. Denuncia de fecha 24 de enero de 2018 (fs.01/09)** de la cual se tiene que el Presidente del Conjunto Habitacional José Ortiz Vergara-Enace, Alberto Quispe Zavaleta interpone su denuncia contra Faustino Pauca Jaules, Julio Dante Cordova Ochoa, Jorge Gómez Prado, Fabian Lescano Morales, Lilian Annete Cardenas Palomino y L.Q.R.R., por el presunto delito contra el Patrimonio, en la modalidad de Daños Agravado, y por el Delito contra la Administración Pública en la modalidad de Abuso de Autoridad y Peculado de Uso, en agravio del Conjunto Habitacional José Ortiz Vergara- Enace, refiriendo que los vecinos del Conjunto Habitacional José Ortiz de Vergara – Enace, viene conduciendo el Lt.2 de la Mz. V, con el área de 2,296.14 m<sup>2</sup>, por más de 25 años, utilizando como parque o área verde, en los últimos meses la DIRESA, pretende ejecutar una construcción de manera arbitraria e ilegal, ocasionando un malestar y conflicto social con los pobladores que viven pacíficamente; es así que, el 07 de diciembre del 2016 como 30 trabajadores, durante la ausencia del denunciante y sin consulta con los miembros de la Junta Directiva, trajeron maquinarias pesada con pretexto de sacar muestras y realizar el análisis del suelo de dicho lote, pretendieron alterar la configuración del área verde, hechos lamentables que generaron conflicto social, en ese mismo sentido con la finalidad de evitar conflictos, el Director de la DIRESA Med. Hugo Enrique Huamán Brizuela, Asesor Legal y Sub Director Walter Bedriñana, suscribieron un acuerdo, para evitar nuevos hechos conflictivos, cuyo compromiso ha sido incumplido por la DIRESA, nuevamente un grupo de trabajadores de la DIRESA y otras tres personas, el pasado 18 de diciembre de 2017 irrumpieron, contra la vida de los vecinos y causaron destrozos en el lote referido destinado como parque de adulto mayor, la representante legal de la DIRESA Lilian Annete Cárdenas Palomino, señalaba que pretendían tomar posesión del terreno otorgado por Bienes Nacionales, pese a no ostentar ningún derecho respecto a dicho lote.

**6.2. Disposición N° 04-2017-MP-2FPPCH-2D, de fecha 14 de agosto de 2017 (fs.42/47)** en la cual la segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga, en la cual en su fundamento 4.20 se tiene que “de los actuados y de la constatación fiscal se concluye que la DIRESA y los vecinos del Conjunto Habitacional José Ortiz Vergara-Enace, no han estado posesionando de manera continua, pacífica ni publica el predio materia de litis; por otro lado en su fundamento 4.23.



se deja a salvo el derecho de la denunciante de recurrir a la vía pertinente a fin de recobrar la posesión de su predio y/o discutir los límites de su derecho de propiedad., fundamentos por las cuales DISPONE:DECLARAR QUE NO PROCEDE FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, contra L.Q.R.R. por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Usurpación en agravio del Estado-Dirección Regional de Salud.

**6.3. Declaración del denunciante Alberto Quispe Zavaleta (fs.65/68)** de la cual se tiene que refiere que el día 18 de diciembre de 2017, en el lugar de los hechos no estuvo presente porque se encontraba de viaje de comisión de servicio oficial de la Dirección Regional Agraria, encontrándose en la ciudad de San Miguel-La Mar, asimismo refiere que los vecinos le comunicaron los hechos sucedidos, siendo que han roto los palos que cercaban el parque, la destrucción del letrero del parque del adulto mayor, han roto las plantas pequeñas y han reventado explosivos y que los daños ocasionados asciende a la suma de S/. 2,000.00 Soles; por otro lado refiere que acredita la posesión de la Asociación mediante la Ordenanza Municipal N° 017-2009-MPH/A de fecha 30 de junio de 2009 en la cual se dispone el plan de desarrollo urbano, y que por tratarse de un parque no se otorga certificado de posesión; por ultimo refiere que habiendo actas de acuerdo de la DIRESA y la resolución de la municipalidad que anulo el cambio de uso, y pese a que los denunciados tienen conocimiento de ello, persisten en querer posesionar el parque del adulto mayor, y habiendo también pronunciamiento de la fiscalía los denunciados vienen cometiendo acciones delincuenciales y hasta la fecha no hacen el cambio de zonificación lo cual debe realizarlo la DIRESA, la Resolución N° 661-2015 de Bienes Nacionales debe dejarse sin efecto automáticamente.

**6.4. Disposición de No ha Lugar N° 01-2017-MP/FN-2°FPEPD-AYAC, de fecha 04 de diciembre de 2017 (fs.71/72)** de la cual se tiene que en su tercer fundamento "2.En cuanto a las garantías que se solicitan, se deja a salvo el derecho de la DIRESA de hacerlo valer en la vía que corresponda al ser función de la fiscalía Prevenir delitos, 3. Si bien la DIRESA informa efectuar el inicio de trabajos en áreas que son de su propiedad, debe tener presente que los vecinos vienen reclamando se agote la vía administrativa en cuanto a la zonificación o uso de dichas áreas, lo que debe tener en cuenta, 4. En igual sentido es necesario recordar al presidente de la Junta Directiva de la Asociación Conjunto Habitacional José Ortiz Vergara que el derecho de propiedad que ampara a la Dirección Regional de Salud se encuentra registrado y que este Despacho como es de conocimiento con anterioridad ha emitido disposiciones preventivas en relación a los hechos denunciados los que deberá tener en cuenta, 5. Sin perjuicio de ello, se comunicara a la Policía Nacional y Serenazgo del Municipio Provincial, se efectué patrullajes en el área señalada y en la fecha indicada, a fin de evitar se produzcan conflictos entre las partes que pudieran alterar la paz social o poner en riesgo la seguridad ciudadana; por lo cual DISPONE: Se oficie al General de la Policía Nacional del Perú - Ayacucho y Alcalde del Municipio Provincial a fin de que dispongan lo conveniente y efectúen el día 18 de diciembre del año en curso entre las 09:00 a 13:00 horas, patrullajes en inmediaciones del lote 2, manzana V, Zona B, del Programa Conjunto Habitacional del FONAVI de la Urbanización "José Ortiz Vergara del Distrito de Ayacucho - Huamanga, donde la DIRESA tiene un área bajo su propiedad, al existir riesgo de producirse alteración a la paz social o riesgo de inseguridad ciudadana por cuestiones relativas a la propiedad. SEGUNDO: se recomienda a Lilian Annette Cárdenas Palomino en su condición de Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Dirección Regional de Salud Ayacucho en el Ejercicio del Derecho de Propiedad que le asiste, disponer lo conveniente a fin de evitar se produzca la alteración a la paz social o se ponga en riesgo a la ciudadanía, toda vez que los vecinos reclaman el agotamiento de la Vía Administrativa en cuanto a la condición de su terreno, lo que no le priva su derecho de propiedad.



**6.5. Resolución N° 364-2014/SBN-DGPE-SDAPE de fecha 14 de junio de 2014 (fs.73)** en la cual se RESUELVE: Declara Improcedente la solicitud presentada por el Gobierno Regional de Ayacucho, mediante la cual peticiona la afectación en uso del predio de 2,296.14 m<sup>2</sup>, ubicado en el lote 02, manzana V, Zona B del Programa de Vivienda Conjunto Habitacional de FONAVI José Ortiz Vergara, Distrito de Ayacucho, inscrito con partida N° P11024612 del Registro de Predios de Ayacucho.

**6.6. Oficio N° 240-2018-VIII-MACREPOL-I-A/RPA/DIVPUS-DUE-USEG-SEC (fs.74)** mediante la cual se informa que no se tiene alguna denuncia de los hechos ocurridos el día 18 de diciembre de 2018.

**6.7. Resolución N° 661-2015/SBN-DGPE-SDAPE, de fecha 04 de agosto de 2015 (fs.92/94)** mediante la cual se resuelve: Artículo 1.- Aprobar la Reasignación a favor del Gobierno Regional de Ayacucho-Dirección Regional de Salud, el predio de 2, 296.14 m<sup>2</sup>, ubicado en el Lote 02, Manzana V, Zona B, Programa de Vivienda Conjunto Habitacional del Fonavi José Ortiz Vergara, Distrito de Ayacucho, inscrito en la partida N° P11024612 del Registro de Predios de Ayacucho, por un plazo indeterminado para que construya y funcione el local institucional de la Dirección Regional de Salud de Ayacucho. Artículo 2.- La reasignación de la Administración otorgada en el artículo precedente queda condicionada, para que en el plazo de tres (03) años, el Gobierno Regional de Ayacucho-Dirección Regional de Salud cumpla con ejecutar la construcción del local institucional, así como para que en el plazo de un años cumpla con gestionar y obtenga el cambio zonificación del predio submateria, contabilizados desde la notificación de la presente Resolución, bajo sanción de extinguirse la reasignación de la administración otorgada en el artículo precedente.

**6.8. Copia Literal de fecha 09 de marzo de 2016 (fs.95/103)** de la cual se tiene que el Gobierno Regional viene a ser el titular del inmueble ubicado en el Programa de Vivienda Conjunto Habitacional de Fonavi José Ortiz Vergara Mz V Lote 2 Zona 3 con P11024612, que tiene un área de 2,296.14 m<sup>2</sup>.

**6.9. Acta de Entrega-Recepción N° 0014-2016/SBN-DGPE-SDAPE de fecha 23 de febrero de 2016, (fs.104/106)** de la cual se tiene que se hace la entrega a favor del Gobierno Regional de Ayacucho - Dirección Regional de Salud el predio materia de reasignación de la administración mediante la resolución N° 651-2015/SBN-DGPE-SDAPE, por lo que dicha entidad asume a partir de la presente entrega la custodia y administración del mismo.

**6.10. Acuerdo de Concejo N° 037-2016-MPH/CM de fecha 07 de marzo de 2016 (fs.107)** mediante la cual se Aprobó el cambio de uso de la propiedad ubicada en el Conjunto Habitacional del FONAVI José Ortiz Vergara MZ V Lote 02 Zona B, Distrito de Ayacucho, con copia Literal N° P11024612, con una extensión de 2,296.14 m<sup>2</sup>. Actualmente destinada a Colegio Primario (según plano de COFOPRI), para fines de equipamiento para salud (Servicios Públicos Complementarios), solicitado por la Dirección Regional de Salud - DIRESA.

**6.11. DISPOSICIÓN DE EXHORTACIÓN Y ARCHIVO NRO 02-2017-MP-2FEPDH-AYAC de fecha 02 de enero de 2017 (fs.109/113)** siendo que en los fundamentos de la referida se tiene que La Asociación que representa Alberto Quispe Zavaleta, señala ser poseedora del terreno desde hace 25 años, sin embargo, como se tiene indicado, siendo un bien estatal, esta es inalienable (no puede disponerse) e imprescriptible (no se adquiere por transcurso de tiempo) el hecho que pueda estar cuidando el terreno, no da derecho de posesión y menos de propiedad, por ende el Estado, no da derecho de posesión y menos de propiedad, por ende el Esta no requiere previa autorización de los vecinos para disponer del terreno. Y en otro fundamento se tiene que en tanto no se declare nulos

WILMA FLORES POZO  
FISCAL PROVINCIAL/PROVISIONAL  
Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga



las resoluciones de la SNB o las resoluciones emitidas por el Municipio Provincial o se disponga por autoridad competente la paralización de obras, se EXHORTA a Alberto Quispe Zavaleta en su condición de Presidente del Conjunto Habitacional “José Ortiz Vergara” y por intermedio de los vecinos de dicho conjunto habitacional ABSTENERSE de pretender despojar o perturbar la posesión que tiene el Estado en este caso la DIRESA sobre el inmueble materia de la investigación, debiendo además ABSTENERSE de pretender validar actos de posesión del terreno sub Litis; POR LO CUAL SE DISPONE: Primero EXHORTAR a Alberto Quispe Zavaleta en su condición de Presidente del Conjunto Habitacional “JOSE ORTIZ VERGARA” y por intermedio de los vecinos de dicho conjunto habitacional ABSTENERSE de pretender despojar o perturbar la posesión que tiene el Estado en este caso la DIRESA sobre el inmueble sito en el lote 02, Manzana V, Zona B del referido Conjunto Habitacional, así como ABSTENERSE de pretender validar actos de posesión del terreno sub Litis, o de fomentar dirigir, provocar o promover la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública, o daños a la propiedad del Estado lo contrario podría derivar en delitos de USURPACIÓN AGRAVADA.

**6.12. Resolución de Alcaldía N° 208-2016-MPH/A. (fs.115/116)** mediante la cual se RESUELVE: APROBAR el cambio de uso de la Propiedad ubicada en el Conjunto Habitacional del FONAVI José Ortiz Vergara Mz. V Lote 02, Zona B, Distrito de Ayacucho, Provincial de Huamanga, con Copia Literal de Partida N° P11024612, con una extensión de 2,296.14 m2 actualmente destinada al Colegio Primario (según Plano de COFOPRI), para fines de equipamiento para salud (Servicios Públicos Complementarios), solicitado por la Dirección Regional de Salud - DIRESA.

**6.13. Resolución N° 078-2016/SBN-DGPE (fs.117/120)** mediante la cual resuelve Declarar improcedente el escrito de Nulidad formulado por el Señor Alberto Quispe Zavaleta presidente de la Asociación Conjunto Habitacional “José Ortiz Vergara, presentado el 29 de abril de 2016 contra la Resolución N° 661-2015/SBN-DGPE-SDAPE de fecha 04 de agosto de 2015, emitida por la Subdirección de Administración del Patrimonio Estatal (SDAPE), dándose por agotada la vía administrativa.

**6.14. Oficio N° 38-2017-MPH/32.4 de fecha 15 de agosto de 2017. (fs.122)** mediante la cual se informa que la Ordenanza Municipal N° 017-2009-MPH/A, en donde figura supuestamente información acerca del parque adulto mayor ubicado en la zona B lote 02 de la MZ “V” del programa de vivienda del Conjunto Habitacional del FONAVI “José Ortiz Vergara, Distrito de Ayacucho, siendo que dicho plan de desarrollo Urbano de la ciudad de Ayacucho 2008-2018 como instrumento de Gestión de la Municipalidad Provincial de Huamanga, respecto de los ejes estratégicos planteados por las Municipalidades Distritales; por lo que no corresponde al documento que autoriza la creación del parque adulto mayor al estar considerado el predio como aporte para uso con fines educativos de acuerdo al certificado literal de SUNARP de Propiedad del Gobierno Regional de Ayacucho, la misma que fue transferido para usos con fines de salud, previo opinión favorable de SBN.

**6.15. Acuerdo de Concejo N° 113-2017-MPHYCM de fecha 14 de agosto de 2017 (fs.123/125)** mediante la cual se acuerda: **DEJAR SIN EFECTO el Acuerdo de Concejo N° 37-2016-MPH/CM por tener diversos errores de tipo y forma.**

**6.16. Resolución N° 02 de fecha 09 de marzo de 2018 (fs.126)** de la cual se tiene que se viene tramitando ante el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga, en el Expediente 1898-2017-0-501-JR-CI-03, se viene tramitando Proceso Contencioso Administrativo, interpuesta por el Director Regional de Educación de Ayacucho, representado por su Director Gualberto Segovia Meza, contra la Municipalidad Provincial de Huamanga, Representado por su Alcalde Salomón

Hugo Aedo Mendoza, sobre nulidad de Acto administrativo.

## VII. ANALISIS DE LOS HECHOS DENUNCIADOS:

### 7.1. DEL DELITO DE DAÑOS AGRAVADOS

Se tiene que el denunciante Alberto Quispe Zavaleta en su denuncia refiere **que los vecinos del Conjunto Habitacional José Ortiz de Vergara – Enace, viene conduciendo el Lt.2 de la Mz. V, con el área de 2,296.14 m2, por más de 25 años, utilizando como parque o área verde, en los últimos meses la DIRESA, pretende ejecutar una construcción de manera arbitraria e ilegal, ocasionando un malestar y conflicto social con los pobladores que viven pacíficamente; es así que, el 07 de diciembre del 2016 como 30 trabajadores, durante la ausencia del denunciante y sin consulta con los miembros de la Junta Directiva, trajeron maquinarias pesada con pretexto de sacar muestras y realizar el análisis del suelo de dicho lote, pretendieron alterar la configuración del área verde, hechos lamentables que generaron conflicto social, en ese mismo sentido con la finalidad de evitar conflictos, el Director de la DIRESA Med. Hugo Enrique Huamán Brizuela, Asesor Legal y Sub Director Walter Bedriñana, suscribieron un acuerdo, para evitar nuevos hechos conflictivos, cuyo compromiso ha sido incumplido por la DIRESA, nuevamente un grupo de trabajadores de la DIRESA y otras tres personas, el pasado 18 de diciembre de 2017 irrumpieron, contra la vida de los vecinos y causaron destrozos en el lote referido destinado como parque de adulto mayor, la representante legal de la DIRESA Lilian Annete Cárdenas Palomino, señalaba que pretendían tomar posesión del terreno otorgado por Bienes Nacionales, pese a no ostentar ningún derecho respecto a dicho lote, asimismo que en su declaración (fs.65/68) refiere que acredita la posesión de la Asociación mediante la Ordenanza Municipal N° 017-2009-MPH/A de fecha 30 de junio de 2009 en la cual se dispone el plan de desarrollo urbano, y que por tratarse de un parque no se otorga Certificado de posesión.**

**Por otro lado se tiene el oficio N° 38-2017-MPH/32.4 de fecha 15 de agosto de 2017. (fs.122) mediante la cual se informa que la Ordenanza Municipal N° 017-2009-MPH/A, en donde figura supuestamente información acerca del parque adulto mayor ubicado en la zona B lote 02 de la MZ “V” del programa de vivienda del Conjunto Habitacional del FONAVI “José Ortiz Vergara, Distrito de Ayacucho, siendo que dicho plan de desarrollo Urbano de la ciudad de Ayacucho 2008-2018 como instrumento de Gestión de la Municipalidad Provincial de Huamanga, respecto de los ejes estratégicos planteados por las Municipalidades Distritales: por lo que no corresponde al documento que autoriza la creación del parque adulto mayor, al estar considerado el predio como aporte para uso con fines educativos de acuerdo al certificado literal de SUNARP de Propiedad del Gobierno Regional de Ayacucho, la misma que fue transferido para usos con fines de salud, previo opinión favorable de SBN. Aunado a ello se tiene Disposición de No ha Lugar N° 01-2017-MP/FN-2°FPEPD-AYAC, de fecha 04 de diciembre de 2017 (fs.71/72) y la DISPOSICIÓN DE EXHORTACIÓN Y ARCHIVO NRO 02-2017-MP-2FEPDH-AYAC de fecha 02 de enero de 2017 (fs.109/113) de igual forma no se ha llegado a determinar que la Asociación el programa de vivienda del Conjunto Habitacional del FONAVI “José Ortiz Vergara, no tiene documento que acredita la posesión ni la titularidad del bien ubicado en la zona B lote 02 de la MZ “V” del programa de vivienda del Conjunto Habitacional del FONAVI “José Ortiz Vergara, Distrito de Ayacucho, siendo que al no tener posesión del bien materia de Litis no se puede acreditar el delito de daños, asimismo que no se tiene documento idóneo que demuestren la cuantía de los daños ocasionados que refiere el denunciado; tanto más aún que el denunciante refiere que no estuvo en el lugar de los hechos por lo cual no se tiene por**

acreditado la responsabilidad de los denunciados como autores del ilícito penal denunciado, fundamentos por las cuales no se tiene los elementos configurativos del Delito de Daños Agravado, por la cual debe de archivar la presente investigación al no constituirse delito.

Siendo ello así se tiene que la presente investigación debe de solucionarse en otra Vía Procesal conforme al **Principio de intervención mínima y el carácter subsidiario del Derecho Penal, por el que** “el derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general (...), de manera que carece de sentido la intervención del Derecho penal allí donde exista otro mecanismo de sanción que a través de un “mal menor” como las sanciones propias EL Derecho Administrativo o del Derecho Civil, permita la solución de conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así como se muestra el carácter subsidiario del Derecho Penal, también denominado de ultima ratio...”<sup>4</sup>

## 7.2. DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

El denunciante Alberto Quispe Zavaleta, señala que los vecinos del Conjunto Habitacional José Ortiz de Vergara – Enace, viene conduciendo el Lt.2 de la Mz. V, con el área de 2,296.14 m<sup>2</sup>, por más de 25 años, utilizando como parque o área verde, en los últimos meses la DIRESA, pretende ejecutar una construcción de manera arbitraria e ilegal, ocasionando un malestar y conflicto social con los pobladores que viven pacíficamente; es así que, el 07 de diciembre del 2016 como 30 trabajadores, durante la ausencia del denunciante y sin consulta con los miembros de la Junta Directiva, trajeron maquinarias pesada con pretexto de sacar muestras y realizar el análisis del suelo de dicho lote, pretendieron alterar la configuración del área verde, hechos lamentables que generaron conflicto social, **en ese mismo sentido con la finalidad de evitar conflictos, el Director de la DIRESA Med. Hugo Enrique Huamán Brizuela, Asesor Legal y Sub Director Walter Bedriñana, suscribieron un acuerdo, para evitar nuevos hechos conflictivos, cuyo compromiso ha sido incumplido por la DIRESA, nuevamente un grupo de trabajadores de la DIRESA y otras tres personas, el pasado 18 de diciembre de 2017 irrumpieron, contra la vida de los vecinos y causaron destrozos en el lote referido destinado como parque de adulto mayor, la representante legal de la DIRESA Lilian Annete Cárdenas Palomino, señalaba que pretendían tomar posesión del terreno otorgado por Bienes Nacionales, pese a no ostentar ningún derecho respecto a dicho lote.**

Siendo que para el delito de Abuso de Autoridad, se configura cuando **“El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien”, para lo cual debe de concurrir los elementos configurativos del tipo penal:** a) Elemento normativo, b) El Abuso de Atribuciones, c) Cometer u ordenar un acto arbitrario, siendo que el abuso de autoridad puede ser así mediante comisión o mediante orden: 1) **“El primer caso (mediante comisión), cuando quien ejecuta y consume el delito es el propio funcionario público, quien puede valerse de cómplices que coadyuvan en la ejecución de su decisión, pero siempre será el quien posee el control e interviene directamente en la ejecución material de los actos arbitrarios perjudiciales.”**<sup>5</sup> 2) **“En el segundo caso, el abuso mediante orden presupone dos niveles de actos ejecutivos: la preexistencia de la orden de ejecutar el acto arbitrario y la ejecución propiamente. En esta segunda hipótesis legal de abuso, el funcionario hace uso de la estructura administrativa para que sean otros quienes lleven a la practica el acto arbitrario, incluso puede valerse de extraneus al**

<sup>4</sup>R.N. N° 3763-2011-Huancavelica del 29-01-2013.

<sup>5</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, “Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos, Editorial Nomos & Temis, Lima – Perú 2017, pág., 129.

sector público, pero siempre tendrá el control del acto.”<sup>6</sup> **Por otro lado se debe acreditar el Perjuicio.**

De lo expuesto **anteriormente no se tiene el elemento normativo**, ya que el denunciante solo indica que los denunciados hicieron caso Omiso a los acuerdos suscritos en el Acta de fecha 12 de abril de 2016, en la cual señalaron que ninguna de las partes tendrían que intervenir en esta materia de conflicto, como también hicieron caso Omiso a la Fiscalía de Prevención del Delito de la Disposición N° 01-2017 de fecha 04 de diciembre de 2017, donde se recomendaba al personal de la DIRESA, se abstenga de ocasionar conflictos con los vecinos de la Asociación y se mantenga dialogo y que los denunciados saben de la anulación de la posesión de la DIRESA por parte de la Municipalidad de Huamanga, plasmada en el Acuerdo de Concejo 113-2017 y la resolución de alcaldía N° 649-2017, que anulan el cambio de uso; **por lo cual al no tener un pronunciamiento de los denunciantes en calidad de funcionario público que afecten los derechos del denunciante no vendría a configurarse el delito de Abuso de Autoridad.**

**Por otro lado al no tenerse en elemento normativo no se puede acreditar el elemento de Abuso de Atribuciones, y elemento de Cometer u ordenar un acto arbitrario, por lo cual los hechos denunciados no configuran el delito de Abuso de Autoridad.**

#### **VIII. CONCLUSIÓN:**

Por los fundamentos expuestos, el Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga, con las atribuciones conferidas por el Artículo 159, inciso 4) de la Constitución Política del Estado, los Artículos 1° y 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado mediante Decreto Legislativo N° 052, y el Art. 18.2 del Decreto Legislativo N° 958:

#### **DISPONE:**

**PRIMERO: DECLARAR QUE NO PROCEDE FORMALIZAR, NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**, contra **Faustino Pauca Jaules, Julio Dante Córdova Ochoa, Jorge Gómez Prado, Fabian Lescano Morales, Lilian Annete Cárdenas Palomino y L.Q.R.R.** por la presunta comisión del delito Contra el Patrimonio en la modalidad **Daños Agravados** y por el Delito contra la Administración Pública en la modalidad de **Abuso de Autoridad**, en agravio del **Conjunto Habitacional José Ortiz Vergara –Enace**.

**SEGUNDO: UNA VEZ QUE QUEDE CONSENTIDA LA PRESENTE DISPOSICIÓN REMITASE EN COPIAS CERTIFICADAS LOS ACTUADOS DE LA PRESENTE CARPETA FISCAL A LA FISCALIA ESPECIALIZADA DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO DE AYACUCHO**, por se interpuso la denuncia contra Faustino Pauca Jaules, Julio Dante Córdova Ochoa, Jorge Gómez Prado, Fabián Lescano Morales, Lilian Annete Cárdenas Palomino y L.Q.R.R., por el presunto Delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado de Uso, en agravio del Conjunto Habitacional José Ortiz Vergara- Enace.

**NOTIFÍQUESE** la presente disposición a las partes.  
WFP/kmcl



WILMA FLORES POZO  
FISCAL PROVINCIAL PROVISIONAL  
Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
de Huamanga

<sup>6</sup> *Ibidem*.



## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los veintitrés días del mes de julio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional con la asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

### **ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por doña Ingrid del Rosario Peña Alvarado y otras, contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas setecientos veintiocho, su fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, que, declaró que carece de objeto pronunciarse por haberse producido la sustracción de la materia.

### **ANTECEDENTES**

Doña Ingrid del Rosario Peña Alvarado, doña Maritza Cubas Pérez, doña Aurora Chanchari Guevara, doña Purificación Padilla Pérez, doña Melita Moberg Rodríguez y doña Ivonne Veintemilla Soria, con fecha diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve, interponen acción de amparo contra el Presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional de la Región Loreto, don Carlos Rueda Dansey, por haber expedido la Resolución Ejecutiva Regional N.º 167-99-CTAR-L-P, de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve, así como contra la Directora Regional de Educación de Loreto, doña Estela Tello Grandez, por haber emitido el Oficio N.º 2427-98-CTAR-L-DREL-D, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y ocho; y el Director de la misma Dirección Regional de Educación de Loreto, don Cirilo Torres Pinchi.

Especifican las demandantes que, mediante la cuestionada Resolución N.º 167-99-CTAR-L-P, expedida a mérito del Oficio N.º 2427-98-CTAR-L-DREL-D, se ha declarado la nulidad de ocho resoluciones directorales de fechas treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y seis, una de las cuales es la Resolución Directoral N.º 02694, en la cual se habían resuelto sus nombramientos como servidoras públicas del sector educación. La resolución cuestionada, que pretende sustentarse en la existencia de supuestas irregularidades en el nombramiento de los demandantes, ha sido emitida, sin embargo, por persona ilegítima e incapaz, ya que el demandado Presidente del Consejo Transitorio no tiene nombramiento como lo establece la Constitución

y las leyes de su sector, que determinan su designación mediante resolución suprema. Este vicio, incluso, se extiende a la demandada Directora Regional de Educación, cuyo cargo nunca ha existido conforme se aprecia de la Resolución Suprema N.º 021-99-ED, que recién nombra Director Regional de Educación de Loreto, con fecha veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Por otra parte, la nulidad de oficio realizada es un acto totalmente arbitrario que no procedía por haber caducado el plazo de ley, puesto que la resolución que les otorga sus nombramientos, data –como se ha señalado– del año mil novecientos noventa y seis.

Don Carlos Rueda Dansey, mediante su apoderado, don Ronald Valencia Valerio, contesta la demanda señalando que las demandantes no han cumplido con agotar la vía administrativa. Por otro lado, de acuerdo con la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N.º 26960 se han modificado los artículos 109.º y 110.º del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, estableciendo un plazo de tres años para declarar la nulidad de los actos administrativos. Se señala, por último, que las demandantes no precisan qué derecho constitucional ha sido violado.

Don Martín Tafur Boullosa, en representación del Consejo Transitorio de Administración Regional de la Región Loreto, contesta la demanda señalando que el CTAR Loreto, como órgano jerárquicamente superior, ha ejercido legalmente la facultad de declarar la nulidad de una resolución administrativa expedida en contravención de la ley y violentando normas de cumplimiento imperativo, por lo que no tiene validez.

Don Cirilo Torres Pinchi, representado por la doctora Grace Soraya Reátegui Díaz, contesta la demanda manifestando que la ex Directora Regional de Educación de Loreto, Licenciada Estela Tello Grandez tenía facultades para solicitar al Consejo Transitorio de Administración Regional el estudio de las resoluciones directorales y de declararlas nulas en caso de haber contravenido las normas sobre nombramientos para el personal docente. Asimismo, la Directora Regional fue designada mediante Resolución Ejecutiva Regional N.º 594-98-CTAR-L-P, del dos de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, encargándosele la Dirección a partir del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y ocho.

El Juzgado Especializado Civil de Maynas, de fojas seiscientos setenta y dos, con fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y nueve, declara improcedente la demanda, por considerar fundamentalmente que las accionantes no han agotado la vía administrativa, no pudiendo alegar estar exceptuadas de agotarla, puesto que no ha existido resolución administrativa ejecutada antes del plazo de consentimiento ni tampoco se ha convertido en irreparable la agresión. Por último, las actoras debieron interponer demanda en la vía contencioso administrativa.

La recurrida, revocando la apelada, declara que carece de objeto emitir pronunciamiento al existir sustracción de materia, por cuanto las reclamantes han sido contratadas por la Dirección Regional de Educación y se les viene abonando sus remuneraciones, resultando aplicable el artículo 321.º, inciso 1), del Código Procesal Civil.

## FUNDAMENTOS

1. Conforme aparece en el petitorio de la demanda interpuesta, esta se dirige a cuestionar la Resolución Regional N.º 167-99-CTAR-L-P, de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve, así como el Oficio N.º 2427-98-CTAR-L-DREL-D, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, por considerar que dichos pronunciamientos vulneran sus derechos constitucionales.
2. El Tribunal estima pertinente precisar que en el presente caso no puede sostenerse la existencia de una situación de sustracción de la materia, por cuanto las demandantes solicitan la reposición de las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos constitucionales, derivados del hecho de haber sido nombradas servidoras del sector Educación, y no de derechos derivados de un contrato, cuyo alcance resulta evidentemente limitado. Por consiguiente, lo que aparece en las instrumentales de fojas setecientos seis a setecientos diecisiete, no puede ser interpretado en el sentido de que las demandantes han superado el estado de agresión de lo que reclaman, tanto más cuando se evidencia contradicciones, como las existentes entre las boletas de pago (que se refieren a las demandantes como si estas fueran nombradas) y las de los propios contratos (que les otorga un tratamiento de contratadas).
3. Por lo que respecta al tema de fondo, este Tribunal considera que la demanda interpuesta resulta legítima en términos constitucionales, habida cuenta de que: **a)** la Resolución Ejecutiva Regional N.º 167-99-CTAR-L-P, del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve, mediante la cual se ha dispuesto declarar la nulidad e insubsistencia de diversas resoluciones directorales (entre ellas, la que nombró a las demandantes como servidoras del sector Educación), fue expedida por un funcionario carente de nombramiento mediante resolución suprema, conforme lo establece el Decreto Ley N.º 25515, por lo que, jurídicamente, la mencionada resolución es nula, de acuerdo con el artículo 46.º, *in fine*, de la actual Constitución; **b)** la misma resolución objeto de cuestionamiento tampoco podía declarar la nulidad e insubsistencia de la Resolución Directoral N.º 02694, del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y seis, pues para la fecha en que aquella se expide, se encontraba aún vigente el párrafo original del artículo 110.º del Texto Único de Normas Generales y Procedimientos Administrativos, que establecía un plazo máximo de seis meses para que la Administración proceda a declarar de oficio la nulidad de sus propias

resoluciones; **c)** en el contexto descrito, tampoco es pertinente invocar la modificación introducida por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26960 (de fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho) pues dicha norma, al margen de que en su día fuese declarada inconstitucional por este mismo Colegiado (Exp. N.º 004-2000-AI/TC), tampoco podía aplicarse con efecto retroactivo respecto de resoluciones administrativas que ya habían adquirido el carácter de cosa decidida, conforme las normas vigentes en el momento de su expedición; **d)** los principios de cosa decidida y de competencia forman parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente.

4. Por consiguiente, y habiéndose acreditado la transgresión de los derechos reclamados, la presente demanda deberá estimarse en forma favorable.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

## **FALLA**

**REVOCANDO** la recurrida, que, revocando la apelada, declaró que carece de objeto emitir pronunciamiento por haberse producido la sustracción de la materia; y, reformándola, declara **FUNDADA** la acción de amparo y, en consecuencia, **INAPLICABLES** a doña Ingrid del Rosario Peña Alvarado, doña Maritza Cubas Pérez, doña Aurora Chanchari Guevara, doña Purificación Padilla Pérez, doña Melita Moberg Rodríguez y doña Ivonne Veintemilla Soria, la Resolución Ejecutiva Regional N.º 167-99-CTAR-L-P, de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los autos.

SS

**REY TERRY**

**REVOREDO MARSANO**

**ALVA ORLANDINI**

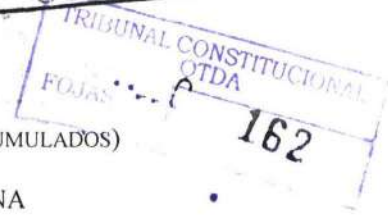
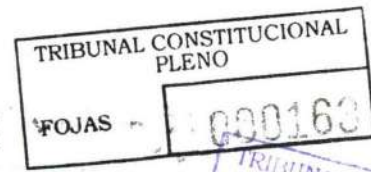
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**

**GONZALES OJEDA**

**GARCÍA TOMA**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N° 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

## RAZÓN DE RELATORÍA

El caso de autos se ha resuelto de acuerdo con la Resolución Administrativa N.º 028-2011-P/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de marzo de 2011, que incorpora el artículo 10-A al Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otras cosas, establece que el Presidente del Tribunal Constitucional tiene el voto decisorio en los casos que se produzca empate en la votación de causas vistas por el Pleno.

En efecto, en el caso se ha producido un empate entre la posición que declara **IMPROCEDENTE** la demanda en un extremo y **FUNDADA** en el otro (tres votos), y la que declara **IMPROCEDENTE** la demanda en un extremo e **INFUNDADA** en el otro (tres votos). Existe una tercera posición, minoritaria, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda en su totalidad (un voto). Al respecto, el hecho de que los votos de los magistrados se adscriban a una posición, importa la conformidad total con el fallo y los términos o extremos en los que éste se expresa.

Estando entonces a que la primera posición, esto es la que declara **IMPROCEDENTE** la demanda en un extremo y **FUNDADA** en el otro, cuenta con el voto del Presidente del Tribunal Constitucional, es ésta la que se constituye en sentencia.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega, y el voto también discrepante en el que confluyen los magistrados Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Urviola Hani, que se acompaña y el fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez, que también se acompaña.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Wilber Nilo Medina Bárcena contra la resolución expedida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que obra a fojas 559, su fecha 24 de diciembre de 2008, que declaró infundada la demanda de autos (Exp. N° 2110-2009-PHC/TC), y contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, obrante a fojas 160, su fecha 23 de enero de 2009, que declaró improcedente la demanda de autos (Exp. N° 2527-2009-PHC/TC).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

## ANTECEDENTES

### *De los hechos en los que se funda la demanda*

Con fecha 10 de noviembre de 2008, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus, y la dirige contra don Rigoberto Basilio Parra Rodríguez, a fin de que se declare: **i)** la *nulidad* de la denuncia penal de parte, de fecha 15 de febrero de 2008, que éste interpuso en su contra por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa. Asimismo, con fecha 11 de setiembre de 2008, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus, y la dirige contra los fiscales de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Ica, don José Luis Herrera Ramos y doña Carmen Graciela Hernández Cabrera, a fin de que se declare: **ii)** la *nulidad* de la resolución fiscal de fecha 25 de febrero de 2008, que dispone abrir investigación preliminar en su contra por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa, así como la nulidad de todo lo actuado sobre la base de ésta, por cuanto la denuncia se sustenta en prueba falsa y prefabricada, lo cual vulnera el principio de ubicuidad, cosa decidida, conexo con el derecho a la libertad individual.

Refiere que con fecha 7 de febrero de 2004, el emplazado Parra Rodríguez formuló denuncia penal de parte en su contra por la presunta comisión del delito de extorsión supuestamente por haberle solicitado la suma de cinco mil dólares americanos para asegurar su ratificación por el Consejo Nacional de la Magistratura como Fiscal Superior del Distrito Judicial de Ica, y en la que precisó que las pruebas las presentaría en su oportunidad. Agrega que, sobre la base de esta denuncia, la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima decidió abrir investigación preliminar en su contra, realizando determinadas diligencias y notificando al demandado en múltiples oportunidades, y que finalmente, mediante resolución fiscal de fecha 27 de diciembre de 2004, resolvió declarar *no ha lugar a formalizar denuncia penal*, decisión que, al haber sido impugnada por el emplazado Parra Rodríguez y en la que nuevamente precisó que las pruebas las presentaría oportunamente, fue confirmada por la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima mediante resolución fiscal de fecha 22 de febrero de 2005.

Sin embargo, refiere que con fecha 15 de febrero de 2008, el emplazado Parra Rodríguez nuevamente ha formulado denuncia penal de parte en su contra por el mismo delito y por los mismos hechos, pero esta vez ante el Distrito Judicial de Ica, pese a que supuestamente los hechos ocurrieron en su oficina, ubicada en el Distrito de La Victoria – Lima, y que, por tanto, cualquier nueva denuncia sustentada en nuevas pruebas debe ser materia de conocimiento por una Fiscalía Provincial Penal de Lima. Agrega además que esta nueva denuncia se sustenta en pruebas falsas y prefabricadas, tales como la copia de la anterior denuncia, de la resolución que dispuso su archivo y la de su confirmatoria, así como copia de una demanda de pago por indemnización; y que, no obstante la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Ica, a cargo del fiscal emplazado Herrera Ramos, de manera arbitraria, ha decidido abrir investigación preliminar en su contra por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa, pese a que de una simple lectura de la misma y de sus anexos se puede concluir que se trata de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA



los mismos hechos que ya fueron materia de investigación preliminar por la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, y que las supuestas nuevas pruebas en las que se sustenta la denuncia no son tales, ya que el emplazado Parra Rodríguez las tenía incluso desde antes de la fecha en que formuló la primera denuncia penal (7 de febrero de 2004). Sobre esta base, señala que el fiscal demandado Herrera Ramos no sólo debió rechazar liminarmente la denuncia, sino que además debió poner en conocimiento a la Fiscalía Suprema de Control Interno por haberse incurrido en el delito de ocultamiento de prueba. Por último, mediante el escrito de ampliación de demanda de fecha 18 de setiembre de 2008, el actor sostiene que la fiscal emplazada Hernández Cabrera ha decidido continuar con la investigación preliminar, toda vez que ha dispuesto la realización de determinadas diligencias.

#### *De la investigación sumaria realizada por el juez constitucional*

En la investigación sumaria, el recurrente se ratifica en lo expuesto en la demanda, y reitera que se encuentra sometido a una investigación preliminar por el supuesto delito de extorsión, que ya fue materia de investigación y sobre la que se dispuso el archivo de la denuncia. Asimismo, señala que el demandado Parra Rodríguez ha cometido delito de ocultamiento de prueba, toda vez que las pruebas no las presentó en el año 2004, sino que recién lo hizo 4 años después (2008), y que, por tanto, no se trata de prueba nueva, sino de una prueba antigua y que fue ocultada. Por último, señala que ante la inhibición del fiscal Herrera Ramos, la investigación se encuentra a cargo de la fiscal Hernández Cabrera, contra quien se ha solicitado la ampliación de la demanda por los mismos fundamentos.

Por su parte, el fiscal emplazado Herrera Ramos sostiene que la decisión de abrir investigación preliminar no vulnera ningún derecho constitucional conexo a la libertad personal del demandante, pues no tiene incidencia negativa en éste. Agrega que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias, pues no tiene facultades para restringir el derecho a la libertad personal. Asimismo, señala que si luego de la primera decisión se descubre nuevos elementos de prueba cuya obtención resultaba imposible, o se advierte que la investigación fue deficiente, es posible la realización de una segunda investigación. A su vez, la fiscal Hernández Cabrera sostiene que se avocó a la conducción de la investigación a raíz de la inhibición del fiscal Herrera Ramos, habiendo actuado conforme a ley, por lo que una vez culminada ella formalizó denuncia penal ante el Cuarto Juzgado Penal de Ica.

#### *Resolución de primera instancia*

El Cuadragésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima, con fecha 5 de noviembre de 2008, declaró improcedente la demanda por considerar que el Ministerio Público no tiene facultades para imponer medidas coercitivas que restrinjan el derecho a la libertad personal (Exp. N° 2110-2009-PHC/TC). El Duodécimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 13 de noviembre de 2008, declaró improcedente la demanda por considerar que el archivo de la denuncia primigenia no impide la continuación de la investigación si



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

aparecen nuevos indicios de la presunta comisión del ilícito penal (Exp. N° 2527-2009-PHC/TC).

### ***Resolución de segunda instancia***

La Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 559, su fecha 24 de diciembre de 2008, revocó la apelada y reformándola declaró infundada la demanda, por considerar que no se ha producido la violación de los derechos invocados, toda vez que ante la presentación de nuevas pruebas se dispuso la apertura de investigación preliminar con la finalidad de recabar mayores elementos pruebas (Exp. N° 2110-2009-PHC/TC). La Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 160, su fecha 23 de enero de 2009, confirmó la apelada por considerar que el hábeas corpus contra resolución judicial procede siempre que se cumplan dos requisitos: que se trate de una resolución judicial firme y que vulnere en forma manifiesta los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva (Exp. N° 2527-2009-PHC/TC).

### **FUNDAMENTOS**

#### ***&. Precisión del petitorio***

1. Conforme al escrito postulatorio de la demanda, ésta tiene por objeto: **i)** que se declare: la *nulidad* de la denuncia penal de parte, de fecha 15 de febrero de 2008, interpuesta contra el accionante por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa. Asimismo, con fecha 11 de setiembre de 2008, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus, y la dirige contra los fiscales de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Ica, don José Luis Herrera Ramos y doña Carmen Graciela Hernández Cabrera, a fin de que se declare **ii)** la *nulidad* de la resolución fiscal de fecha 25 de febrero de 2008, que dispone abrir investigación preliminar contra el accionante por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa, así como la nulidad de todo lo actuado sobre la base de ésta.

#### ***&. ¿Es procedente un proceso de hábeas corpus contra investigación fiscal? Un análisis a partir de su tipología***

2. El Tribunal Constitucional ha reconocido al hábeas corpus como instrumento *non plus ultra* para la tutela del derecho a la libertad y los derechos conexos que son consustanciales a la libertad, el cual procede ante la violación o amenaza de violación de estos derechos. Así se desprende de lo establecido en el artículo 200° inciso 1) de la Constitución, cuando señala que la: “(...) *Acción de Hábeas Corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos (...)*”. Siguiendo dicha orientación, nuestro Código Procesal Constitucional en su artículo 2° también ha señalado que: “(...) *los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

*cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización (...)*”.

3. Partiendo de dichas premisas normativas el Tribunal Constitucional ha señalado en varios pronunciamientos que las acciones desplegadas por los representantes del Ministerio Público no inciden en la esfera de la libertad individual de las personas por ser sus acciones sólo de tipo postulatorio; consecuentemente las demandas de hábeas corpus planteadas contra estos funcionarios normalmente son declaradas improcedentes por no constituir ni siquiera amenaza para la libertad individual. (RTC 1653-2010-PHC/TC, 0090-2010-PHC/TC, 3669-2007-PHC/TC, 5308-2007-PHC/TC). Criterio que en los últimos tiempos se ha venido morigerado, orientándose actualmente a aceptar la procedencia excepcional del hábeas corpus a partir del análisis del caso concreto.
4. Teniendo en cuenta ello, este Colegiado dentro del rol de perfeccionamiento de su jurisprudencia orientado a los fines de los procesos constitucionales, considera necesario efectuar una acentuación de su reciente línea jurisprudencial respecto a la procedencia de hábeas corpus interpuesto contra representantes del Ministerio Público. Dicha acentuación tendrá como fundamento el redimensionamiento del concepto de libertad individual como objeto de protección del hábeas corpus, que ha de ser entendido no sólo como un instituto restringido únicamente a la tutela de la libertad física o corpórea (aspecto material de la libertad), sino también como un instrumento que ha de tutelar a la libertad en su ámbito subjetivo o espiritual.
5. Lo anterior cobra mayor vigencia si tiene en cuenta que ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha precisado que la: “(...) *Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) (...)*” (STC 0030-2005-PI/TC).
6. Ello lleva a este Colegiado a afirmar que toda interpretación del contenido normativo de la Constitución debe tender a optimizar la tutela de los derechos fundamentales, lo cual sólo podrá alcanzarse con el empleo de aquellos principios que son consustanciales a la disciplina constitucional, esto es los *principios de interpretación constitucional*, de entre los cuales habremos de destacar el de *unidad de la Constitución* y el de *concordancia práctica*.
7. Partiendo de dicha premisa, es posible afirmar que una conclusión como la predominante en esta materia supone negar la evolución que ha tenido este instituto de tutela de la libertad, respecto del cual el propio Tribunal Constitucional ya ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

hecho referencia con detalle en la STC 3509-2009-PHC/TC (fundamentos jurídicos 2 y 3 respecto a la evolución del concepto de hábeas corpus) en concordancia con lo señalado en la STC 1286-2008-PHC/TC, en cuyo fundamento jurídico 1 ha dejado en claro que: “... *la libertad personal, su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria ha determinado que su propósito garantista trasciende el objetivo tradicional para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de la libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio...*”.

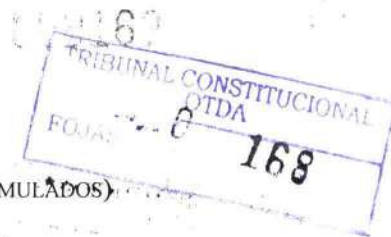
8. Si a lo anteriormente enunciado se añade la descripción de las tipologías de hábeas corpus contenidas en las disposiciones normativas del Código Procesal Constitucional, más el reconocimiento jurisprudencial que de éstas ha efectuado el Tribunal Constitucional, debe concluirse que contra la actividad fiscal es posible interponer hábeas corpus de tipo *restringido y preventivo*. Se trata, en el primer caso, del previsto en el artículo 25° inciso 13) del citado artículo, en el que se hace alusión al *hábeas corpus restringido* que procede cuando la libertad es “*objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio*” (STC 06167-2005-PHC/TC) y, en el segundo, del contemplado en el artículo 2° del Código Procesal Constitucional, denominado preventivo. Dicha afirmación cobra mayor trascendencia si se tiene en cuenta que en gran parte de nuestro territorio se viene aplicando el Nuevo Código Procesal Penal, modelo en el cual el rol desplegado por los representantes del Ministerio Público cobra mayor relevancia, pues son los que tienen a su cargo la investigación preparatoria.
9. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que: “*(...) la investigación que el Ministerio Público realice puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial, la que podría servir de importante indicativo para el juez al momento de decidir sobre la apertura de instrucción penal, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia que esté orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado y aún encarcelado, lo que representa, evidentemente, una amenaza cierta e inminente del derecho a la libertad individual o algún derecho conexo (...)*” (STC 2725-2008-PHC/TC).
10. Con lo expuesto hasta aquí, no se pretende afirmar que toda actividad de investigación desplegada dentro del rol constitucionalmente asignado a los representantes del Ministerio Público suponga *per se* la afectación de la esfera subjetiva de la libertad personal y se la catalogue de ilegítima, sino que tal afectación a la libertad personal habrá de ser confirmada y corroborada con elementos objetivos que permitan al operador jurisdiccional concluir, con cierto grado de probabilidad, que la supuesta afectación del citado derecho es tal. Una vez verificado ello, recién se podrá efectuar un análisis del fondo de la controversia planteada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA



170

**&. El control constitucional de la actividad fiscal**

11. Al Ministerio Público, en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos contenidos en la propia Constitución. Ello justamente es lo que le permite al Tribunal Constitucional ejercer un control estrictamente constitucional, mas no funcional de su actividad, habiendo en su momento señalado que la actividad del Ministerio Público se encuentra ordenada por el principio de *interdicción de la arbitrariedad*, que se alza como un límite a la facultad discrecional que la propia Constitución le ha otorgado.
12. Lo anteriormente expuesto cobra mayor preponderancia si se tiene en cuenta la clave normativa en la que ha sido redactado el artículo 200° inciso 1) de la Constitución, que señala que el proceso de hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual y sus derechos conexos. Es decir la *legitimidad para obrar pasiva* en este proceso no efectúa exclusión alguna, pudiendo ser comprendidos, como de hecho ha sucedido en más de una oportunidad, los propios representantes del Ministerio Público.
13. Ello significa que el debido proceso puede ser también afectado por los representantes del Ministerio Público, en la medida en que la garantía de este derecho fundamental no ha de ser solamente entendida como una propia o exclusiva de los trámites jurisdiccionales, sino también frente a aquellos supuestos *pre-jurisdiccionales*, es decir, en aquellos casos cuya dirección compete al Ministerio Público, con la finalidad de evitar cualquier acto de arbitrariedad que vulnere o amenace la libertad individual o sus derechos conexos (STC 1268-2001-PHC/TC, 1268-2001-PHC/TC, 1762-2007-PHC/TC).
14. Por todos los argumentos hasta aquí expuestos queda evidenciada la legitimidad de este Colegiado para efectuar un análisis del fondo de la controversia constitucional planteada.

**&. El tratamiento jurisprudencial que del principio ne bis in ídem ha efectuado el Tribunal Constitucional**

15. La Constitución ha previsto en su artículo 139° un amplio catálogo de principios, que a juicio de este Colegiado constituyen verdaderos *derechos fundamentales*, los que se erigen como un conjunto de garantías mínimas que el propio constituyente ha creído conveniente incorporar dentro de nuestra *norma normarum* para poder afirmar la *pulcritud jurídica* de las actividades de orden jurisdiccional y prejurisdiccional que realicen las autoridades.
16. Así, la Constitución en su inciso 2) reconoce el derecho de toda persona que es sometida a proceso judicial a que no se deje sin efecto las resoluciones que han



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

adquirido la autoridad de *cosa juzgada*, disposición constitucional que debe ser interpretada a la luz del *principio de unidad* de la Constitución, de conformidad con el inciso 13 del artículo 139° de la Ley Fundamental, que prescribe "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ...13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (...)*".

17. De acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal, mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada "(...) *se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, en segundo lugar, porque el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (...)*" (STC 4587-2004-HC/TC).
18. Así, el *ne bis in ídem* es un derecho que tiene un doble contenido. Por un lado ostenta un *carácter procesal* y por otro un *carácter material*. Entender a este principio desde su vertiente procesal implica "(...) *respetar de modo irrestricto el derecho de una persona de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho (...)*" o no "(...) *ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir que un mismo supuesto fáctico no puede ser objeto de dos procesos penales distintos o si se quiere que se inicien dos procesos penales con el mismo objeto (...)*" (STC 2050-2002-AA/TC). Mientras que desde su vertiente material "(...) *expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador (...)*" (STC 2050-2002-AA/TC). Ello supone que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos, ni merecer persecución penal múltiple. Consecuentemente la protección se vincula a los hechos que fueron materia de un primer pronunciamiento y sobre los cuales no corresponde una nueva revisión.
19. Pero la sola existencia de dos procesos o dos condenas impuestas, o si se quiere dos investigaciones fiscales, no pueden ser los únicos fundamentos para activar la garantía del *ne bis in ídem*, pues se hace necesario previamente la verificación de la existencia de una **resolución que tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida**. Una vez verificado este requisito previo será pertinente analizar *strictu sensu* los componentes del *ne bis in ídem*, esto es: a) identidad de la persona física o identidad de sujeto; b) identidad del objeto o identidad objetiva; y, c) identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



172

EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

**&. Un pronunciamiento fiscal de archivo definitivo ¿tiene la condición de cosa juzgada?**

20. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que: *“La decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso- que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión (...)”* (Informe N° 1/95, relativo al caso 11.006 del 7 de febrero de 1995).
21. Este criterio ha sido asumido por el Tribunal Constitucional a través de diversos fallos en los que ha señalado que: *“... las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los representantes del Ministerio Público, no constituyen en estricto cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales. No obstante ello, este Colegiado les ha reconocido el status de inamovible o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal...”* (STC 2725-2008-PHC/TC).
22. A contrario sensu, no constituirá cosa decidida las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o, b) cuando la investigación ha sido deficientemente realizada.
23. Esta forma de razonamiento asumida por el Tribunal Constitucional tiene como fundamento el principio de seguridad jurídica; principio que forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho y está íntimamente vinculado con el principio de interdicción de la arbitrariedad. En tal sentido, el *principio de seguridad jurídica* se erige como la garantía constitucional del investigado que no puede ser sometido a un doble riesgo real de ser denunciado y sometido a investigaciones por hechos o situaciones que en su oportunidad han sido resueltos por la autoridad pública.
24. Teniendo en cuenta lo anteriormente enunciado, resulta pertinente aquí precisar que si de la resolución que puso fin a la primera investigación, esto es la llevada por la titular de la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, se deriva indubitablemente que dicho funcionario se ha pronunciado por la falta de ilicitud de los hechos reputados como antijurídicos e imputados al favorecido, es posible asumir que dicho pronunciamiento tiene la condición de cosa decidida (con los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

efectos de cosa juzgada), por lo que se procederá a analizar los elementos que configuran el *ne bis in idem*.

**&. Análisis del caso concreto**

**a) Pronunciamiento respecto al primer extremo del petitorio**

25. Como ya se ha dejado señalado en el considerando 1 de la presente sentencia, el petitorio formulado por el recurrente en su escrito de demanda tiene dos extremos, siendo el primero de ellos el que debe ser analizado a efectos de brindar tutela procesal efectiva. Se trata del pedido de *nulidad* de la denuncia penal de parte, de fecha 15 de febrero de 2008, interpuesta por el emplazado Rigoberto Basilio Parra Rodríguez contra el accionante por la presunta comisión del delito de extorsión.
26. Analizado este extremo del petitorio se puede concluir, *prima facie*, que los hechos presuntamente lesivos en modo alguno tienen incidencia negativa concreta sobre el derecho a la libertad personal del actor, sea como amenaza o como violación; esto es, no determinan restricción o limitación alguna al derecho a la libertad individual, por lo que, la pretensión resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza de este proceso constitucional de la libertad; por lo que, en este extremo, la demanda deber ser declarada improcedente.

**b) Análisis del segundo extremo postulatorio**

**b.1) La verificación del requisito previo**

27. Como se ha dejado dicho en el fundamento 19 de la presente sentencia, constituye un requisito *sine qua non* para analizar el *ne bis in idem* la previa verificación de la existencia de una resolución que ostente la condición jurídica de cosa juzgada o cosa decidida.
28. Así, de la resolución emitida por la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, esto es, la que resuelve la primera investigación realizada en contra del recurrente, se observa que el pronunciamiento fiscal es claro al manifestar que los hechos denunciados no constituyen delito, es decir no tienen contenido típico y antijurídico que merezca ser objeto de sanción, ya que el citado funcionario señaló en su resolución que: "(...) *por cuanto no se ha establecido en ningún momento que el denunciante haya violentado, amenazado o en su defecto haya mantenido como rehén y ha consecuencia de ello se le haya solicitado una ventaja económica (dinero) o de cualquier otra índole a favor del propio agente o de un tercero (...)*". El referido funcionario continúa con el análisis y precisa que: "(...) *no se ha establecido la existencia de indicios que permitan establecer que el agraviado haya visto mermado su patrimonio, por cuanto este refiere en su propia declaración, que no entregó dinero alguno (...)*".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

29. Este Colegiado concluye entonces que la resolución evacuada por el titular de la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima y confirmada por el representante de la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima ostenta la condición de cosa decidida, es decir tiene el carácter de inamovible y por ende le resulta aplicable la garantía de la cosa juzgada, pero como se dejó dicho, la sola existencia de dicha resolución no constituye la afirmación de la vulneración de este derecho, sino que habrá que verificar la afectación de su contenido mismo.

### b.2) Elementos del *ne bis in idem*

30. El primer requisito a ser cumplido para que opere este principio es el de **identidad de sujeto**, lo que significa que la persona física a la cual se le persigue tenga que ser necesariamente la misma. Entendida así esta exigencia, dicho requisito se cumple a plenitud, pues es perfectamente verificable que tanto en la investigación fiscal efectuada por el titular de la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima en la denuncia identificada con el número de registro de denuncia 024-2004 (primera investigación), como en la reaperturada por el representante de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Ica a la cual se le asignó el número de registro 078-2008 (segunda investigación), figura el recurrente como imputado, esto es la persona de Wilber Medina Bárcena.

31. En cuanto al segundo requisito, la **identidad objetiva** o identidad de los hechos, no es más que la estricta identidad entre los hechos que sirvieron de fundamento para la apertura tanto en una como en otra investigación, es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal. Así, del tenor literal de la resolución evacuada en la investigación fiscal signada con el número de registro 452-2004, se tiene que los hechos materia de imputación e investigación fueron los siguientes: *“RIBOBERTO B. PARRA RODRÍGUEZ (...) (sic) vengo a denunciar penalmente al señor Wilmer Medina, abogado que tiene su oficina en el Jr. Rodolfo Beltrán N° 107 OF. 301 (altura de la cuadra 14 de la Av. Javier Prado Este), por Delito de Extorsión al haberle solicitado al suscrito el día de ayer 05 de febrero de 2004 a horas 18.30, la suma de cinco mil dólares americanos (...), en el interior de su oficina, previo contacto telefónico con sus intermediarios en la ciudad de Ica, dinero que según refiere ha de ser entregado al Dr. CHUNGA CHÁVEZ, miembro del Consejo Nacional de la Magistratura (...), para asegurar mi ratificación como Fiscal Superior Titular del Distrito Judicial de Ica (...), por lo que solicito respetuosamente se digne disponer al Fiscal Provincial de Turno, se realice un operativo en merito a la denuncia y de esta forma se logre intervenir al denunciado y a los que resulten responsables (...), que las pruebas las presentara oportunamente”*.

32. Por su parte la resolución que inicia la segunda investigación señala que: *“... apreciándose que en dicha denuncia se hace mención al aporte de nuevos elementos de prueba que no fueron presentados en la investigación realizada por el representante de la 39° Fiscalía Provincial Penal de Lima... y teniéndose en cuenta*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA



*que las resoluciones emitidas por los representantes del Ministerio Público no constituyen cosa juzgada, los hechos pueden volverse a investigar por el Ministerio Público...”.*

33. Analizados los hechos que sirven de imputación en ambas investigaciones, puede afirmarse, certeramente, que ambas investigaciones se sustentan en los mismos sucesos fácticos, pues se mantiene la estructura básica de la hipótesis incriminatoria; esto es, tanto la investigación llevada a cabo por el representante de la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, como la efectuada por la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Ica, tienen como objeto determinar si el requerimiento económico supuestamente exigido por el hoy recurrente es tal, lo cual ya fue objeto de pronunciamiento.
34. De lo hasta aquí expuesto se desprende la necesidad de afirmar que el hecho de haber dejado abierta la posibilidad de reimpulsar una investigación deficientemente llevada (tesis que le sirve al demandado para llevarla a cabo) no significa que este Colegiado haya instituido una *patente de corso* para la comisión de arbitrariedades, pues dicha medida no significa, bajo ningún punto de vista, que la determinación de ineficiencia en la investigación quede al libre albedrío o a la entera disposición subjetiva de los órganos encargados de la persecución del delito, pues para que opere ello es necesario que el representante del Ministerio Público cuente, cuando menos, con algún elemento objetivo que permita y valide la afectación del derecho de un ciudadano a la autoridad de la cosa decidida.
35. Las nuevas pruebas que sirven para la apertura de la segunda investigación son documentos que corresponden a la actuación de la primera investigación y la copia de una demanda de pago de indemnización que formulara en el 2006 el recurrente por haberle imputados hechos falsos, situación que resulta a todas luces desproporcionada, pues ello no es razón objetiva suficiente para hacer sufrir a un ciudadano, nuevamente, el peso del poder punitivo del Estado.
36. Finalmente, concluyendo con el análisis del *ne bis in idem*, debe verificarse la concurrencia del elemento de **identidad de la causa de persecución**, el cual se presenta en el caso de autos, por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por el demandado está referido, por igual, a bienes jurídicos contra el patrimonio (extorsión), que fuera materia de denuncia de parte y de las resoluciones que al respecto se dictó en sede fiscal.
37. Verificada la concurrencia de todos y cada uno de las exigencias requeridas para la materialización del principio del *ne bis in idem*, procede amparar la demanda por afectación del referido derecho fundamental.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N°. 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N°. 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

### HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus respecto al pedido de nulidad de la denuncia penal de parte formulada por don Rigoberto Basilio Parra Rodríguez en contra del accionante.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus planteada por el recurrente por haberse comprobado la afectación del derecho al debido proceso en su vertiente de *ne bis in ídem*; en consecuencia, **NULA** la resolución fiscal N° 164-2008, de fecha 25 de febrero de 2008, por medio de la cual la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Ica resuelve abrir investigación policial, y **NULOS** todos los actos posteriores derivados del inicio de la citada investigación.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ  
ÁLVAREZ MIRANDA  
ETO CRUZ

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los fundamentos siguientes:

1. Con fecha 10 de noviembre de 2008 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el señor Rigoberto Basilio Parra Rodríguez, con la finalidad de que se declare la nulidad de la denuncia de parte realizada el 15 de febrero de 2008 en su contra por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa. Asimismo con fecha 11 de setiembre de 2008, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los fiscales de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Ica, señores Luis Herrera Ramos y Carmen Graciela Hernández Cabrera con la finalidad de que se declare la nulidad de la resolución fiscal de fecha 25 de febrero de 2008, que dispuso abrir investigación preliminar contra el accionante por la presunta comisión del delito de extorsión en grado de tentativa, así como la nulidad de todo lo actuado, puesto que la denuncia está sustentada en prueba falsa y prefabricada lo que afecta el principio de ubicuidad, cosa decidida, conexo con el derecho a la libertad individual.

Refiere que el emplazado Parra Rodríguez formuló denuncia penal en su contra por la presunta comisión del delito de extorsión por haber presuntamente solicitado la suma de cinco mil dólares americanos para asegurar su ratificación por el Consejo Nacional de la Magistratura como Fiscal Superior del Distrito Judicial de Ica, expresando que las pruebas las presentaría en su oportunidad. Señala que sobre la base de esta denuncia la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima abrió investigación preliminar en su contra realizando determinadas diligencias con participación activa del recurrente, declarando finalmente *no ha lugar a formalizar denuncia penal*, siendo confirmada por la fiscalía superior. Afirma que no obstante ello el emplazado Parra Rodríguez ha vuelto a formular denuncia por el mismo delito y por los mismos hechos, siendo sustentada esta nueva denuncia en pruebas falsas y prefabricadas. Señala que los fiscales emplazados han abierto investigación en su contra sin tener presente que se trata de los mismos hechos por los que se determinó anteriormente archivar la investigación, por lo que debieron rechazar liminarmente la denuncia formulada.

2. Es así que encontramos que en el presente caso el objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la resolución fiscal de fecha 25 de febrero de 2008, que dispuso abrir investigación preliminar en contra del actor. Con tal propósito se sostiene que existe un anterior pronunciamiento fiscal por los mismos hechos en el que se declaró *no ha lugar a formalizar denuncia penal* en su contra, por lo tanto la tramitación de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

investigación preliminar que se cuestiona vulneraría el principio *ne bis in idem* en conexidad con el derecho a la libertad individual.

3. La Constitución establece expresamente en su artículo 200º, inciso 1 que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza el derecho a la libertad individual o sus derechos constitucionales conexos. Ello implica que para que proceda el hábeas corpus el hecho denunciado como inconstitucional debe necesariamente redundar en una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad individual o, dicho de otro modo, la afectación a los derechos constitucionales conexos debe incidir de manera negativa en el derecho a la libertad individual. Es por ello que el Código Procesal Constitucional prevé en su artículo 5º que “*no proceden los procesos constitucionales cuando: [inciso] 1) los hechos y el petitório de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*”.
4. En relación a la temática planteada en la demanda se debe destacar como queda dicho que el Tribunal Constitucional viene subrayando en su reiterada jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad [Cfr. RTC 07961-2006-PHC/TC, RTC 05570-2007-PHC/TC y RTC 01626-2010-PHC/TC, entre otras], resultando que los pronunciamientos judiciales que coartan la libertad individual si pueden ser objeto de un control constitucional a través del hábeas corpus por comportar un agravio directo a la libertad individual, claro está, siempre que cumplan con el requisito de firmeza que exige este proceso libertario.
5. En este orden de ideas cabe insistir en lo expresado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 03782-2008-PHC/TC en sentido de que *el proceso constitucional de hábeas corpus se habilita de manera excepcional respecto de actos o pronunciamientos que inciden de manera directa y negativa en el derecho a la libertad personal*.

Entonces al tener la denuncia o acusación fiscal carácter eminentemente postulatorio en el proceso penal no puede constituir *en sí misma* una amenaza y menos la violación del derecho a la libertad individual. En sentido contrario, afirmar que la denuncia o acusación fiscal es indefectiblemente vinculante al Juez o que lo puede inducir a error, es una afirmación atrevida que no solo rebasa lo racional sino que desmerece al Juez penal calificándolo como un simple receptor pasivo, significando tal asunto un despropósito que solo busca configurar en la actuación fiscal que se cuestiona determinado nexo con el derecho a la libertad individual para así lograr encuadrar su pretensión dentro del marco de tutela del hábeas corpus. Por todo esto es que una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 02110-2010-PHC/TC

EXP. N° 02527-2010-PHC/TC

LIMA

WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

denuncia o acusación fiscal de modo alguno puede llevar a condicionar las restricciones al derecho a la libertad individual cuya apreciación compete al Juez penal, por lo que su análisis de fondo en la vía del hábeas corpus excede su ámbito de tutela, en todo caso la vulneración a los derechos fundamentales que no resultan conexos a la libertad personal pueden ser materia de tutela a través del amparo reparador.

6. Cabe señalar que en un caso anterior (STC N° 01887-2010-PHC/TC) he expresado mi posición clara respecto a la procedencia de habeas corpus contra una resolución fiscal que dispone el abrir investigación señalando que

*“De otro lado es oportuno señalar que pretender llevar al ámbito de tutela del hábeas corpus limitaciones de menor grado, como lo son por ejemplo las perturbaciones o incomodidades que puedan ocasionar las citaciones fiscales (llámese por los justiciables injustificadas citaciones fiscales), significa la procedencia de este proceso constitucional a una manera antojadiza con distinta finalidad a la que la ley le ha asignado. En cambio distinto es el tratamiento constitucional de un caso excepcional en el que de modo singular el fiscal haya ordenado la detención de una persona y ésta se haya ejecutado, o cuando se aprecie de manera manifiesta que los hechos de la demanda y las instrumentales que la acompañan presentan reiteradas citaciones fiscales carentes de razonamiento y proporcionalidad con efectos que causen un perjuicio en la libertad de la persona humana, claro está que estos supuestos extravagantes pueden ser susceptibles de un análisis de fondo atendiendo a la particularidad del manifiesto agravio al derecho a la libertad individual y no por el sólo hecho de su narración en la demanda, pues en todo caso éste último supuesto de hábeas corpus restringido constituiría una limitación a la libertad en menor grado que debe ser mínimamente acreditado por el actor (tanto en su configuración como en el agravio al derecho constitucional reclamado) a fin crear convicción de verosimilitud en el juzgador constitucional.*

*Ahora, si bien este Tribunal Constitucional en casos concretos ha ingresado al fondo de una demanda de hábeas corpus para **i)** determinar que las resoluciones fiscales deben estar debidamente motivadas conforme a lo establecido por el inciso 5 del artículo 139.º de la Constitución (STC 6204-2006-PHC/TC) o **ii)** para proscribir la duración indefinida de una investigación fiscal (STC 5228-2006-PHC/TC), tanto así que el análisis del fondo no configuró per se la estimación de la demanda, antes bien en la sentencia recaída en el Expediente N.º 6204-2006-PHC/TC se precisó que la actuación fiscal en el caso no se configura una afectación concreta a la libertad personal.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 02110-2010-PHC/TC

EXP. N° 02527-2010-PHC/TC

LIMA

WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

*En esta línea de limitación y control del poder público y privado el Pleno de este Tribunal en la reciente sentencia recaída en el Expediente N.º 02748-2010-PHC/TC ha reconocido el marco de tutela del hábeas corpus **respecto al derecho al plazo razonable de la investigación preliminar**, ello en atención a la proscripción de investigaciones fiscales sine die y por considerarlas en sí mismas limitativas del derecho a la libertad individual del investigado, obviamente que para dicho control se requiere que el investigado tenga sujeción al cuestionado proceso en sede fiscal en el cual se viene limitando su libertad personal o derechos constitucionales conexos (Vgr. el derecho a la libertad de tránsito), puesto que si el actor no tiene sujeción al proceso fiscal cuya nulidad pretende entonces ello quiere decir que no se viene perturbando u obstaculizando la libertad física o de locomoción, lo que comporta el rechazo de la demanda.*

*En el presente caso se alega que el favorecido fue investigado en sede fiscal en una anterior oportunidad en la que se dispuso no ha lugar a lugar formalizar denuncia en su contra, sin embargo el emplazado viene siendo investigado por los mismos hechos antes investigados, lo que presuntamente afectaría su derecho a la libertad individual. Entonces, el agravio a los derechos del actor se encuentran subsumidos en la resolución fiscal que lo denunció penalmente, actuación fiscal la cuestionada que como hemos venido sosteniendo **NO AFECTA DE MANERA CONCRETA Y DIRECTA** el derecho constitucional materia del hábeas corpus.*

*Dicho de otro modo, si el Juez penal sobreesee un proceso penal contra una persona y posteriormente se abre un proceso penal (o se vuelve a abrir el sobreesido) con comparecencia simple imputando al actor los mismos hechos y bajo los mismos fundamentos, correspondería en tal caso, una demanda constitucional de amparo? Claro, por evidente falta de conexidad con el derecho a la libertad individual. Entonces, si en el presente caso se cuestiona el pronunciamiento fiscal que dio origen a la investigación preliminar -presuntamente afectando el principio ne bis in ídem- ¿cómo ello puede afectar de manera directa y concreta el derecho a la libertad personal para así configurar la procedencia del hábeas corpus? Pues, de igual modo al anterior señalado no se aprecia la incidencia directa en el derecho a la libertad individual, menos aún si conforme a la normativa penal el fiscal en ningún caso puede coartar el derecho a la libertad personal que es precisamente materia del hábeas corpus.*

*De lo anteriormente expuesto se tiene que conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional la afectación al principio ne bis in ídem en sede fiscal no configura la procedencia del hábeas corpus ya que dicha arbitrariedad no manifiesta un agravio directo en el derecho a la libertad personal. Asimismo se debe advertir que*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

*el Pleno de este alto Tribunal no ha variado su criterio jurisprudencial en cuanto a esta temática (expresando la presunta incidencia directa y concreta de la mera investigación preliminar que vulnera el principio *ne bis in idem* respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual). En consecuencia, considero que la demanda debe ser rechazada por no existir en los hechos denunciados una incidencia directa en el derecho a la libertad individual que pueda dar lugar a la procedencia del hábeas corpus.*

*Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto debo manifestar que la Constitución ha asignado al Ministerio Público (artículo 159º, inciso 5), una serie de funciones constitucionales entre las cuales destaca la facultad de conducir desde su inicio la investigación del delito y ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte. 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”.*

7. Bajo ese contexto la arbitrariedad denunciada en la demanda es susceptible de ser tutelada a través del proceso constitucional de amparo, por lo que este Colegiado *excepcionalmente* podría emitir un pronunciamiento del fondo de la controversia, sin embargo se advierte que la demanda de autos fue postulada el día 10 de noviembre de 2008 cuando el plazo para su interposición –teniéndose a la resolución fiscal cuya nulidad se pretende (25 de febrero de 2008)– ya había prescrito, conforme a lo establecido por los artículos 44º y 5º, inciso 10, del Código Procesal Constitucional (C.P.Const.), presupuesto de procedibilidad que el Pleno del Tribunal Constitucional ha dejado establecido para la conversión excepcional del proceso de hábeas corpus a uno de amparo [Cfr. STC 05761-2009-PHC/TC]. En este sentido, en tanto la prescripción prevista en la norma es un presupuesto formal y no *de contenido constitucional*, se tiene que el análisis del fondo de la presunta afectación al principio *ne bis in idem* en abstracto por parte de este Colegiado –en mayoría– constituye un pronunciamiento para el caso concreto y no que se está variando el reiterado criterio jurisprudencial de la materia ya establecido por el Tribunal Constitucional.
8. No obstante lo expresado debo señalar que en causa anterior el Tribunal Constitucional conoció el proceso de hábeas corpus N° 05761-2009-PHC/TC en el que emití un voto singular dejando constancia que el propósito del cuestionado auto rogatorio no es más que el pedido de asistencia judicial en materia penal en el marco normativo del Tratado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



182  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS  
180



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

vigente celebrado entre la República del Perú y el Reino de España, y no que a través de él se esté imputando delitos o procesando a los actores.

Así, en dicho proceso se pretendía “(...) **a) la nulidad del Auto de fecha 29 de enero de 2009, emitido por el Juzgado Central de Instrucción Número Cinco, Audiencia Nacional Madrid, a cargo del magistrado español Baltasar Garzón en el extremo que incorpora al proceso penal a los favorecidos, e b) ineficaz cualquier acto en el Perú o extranjero derivado de dicho pronunciamiento judicial, toda vez que viola los principios del juez natural, territorialidad y soberanía del Estado peruano ya que se investiga en otro Estado el supuesto delito que se habría cometido en el Perú y por peruanos [siendo] competente[s] los tribunales nacionales.**

(...)

[Se cuestionó que el emplazado al] *ordenar que se investigue a los favorecidos por la presunta comisión del delito de estafa y otros, dentro del proceso seguido en España, viol[ó] los principios alegados además de la garantía de la cosa juzgada y del principio ne bis in ídem ya que en el Perú existió una investigación sobre los mismos hechos en el que la fiscalía resolvió su archivo definitivo”.*

En dicho voto singular mencioné que *del Dictamen Superior de fecha 28 de enero de 2005, con cuya existencia los favorecidos alegan la vulneración del principio ne bis in ídem, se aprecia que la declaratoria fiscal de no haber mérito para formalizar denuncia penal y la disposición del archivo definitivo se circunscribe a favor de don **Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela** (uno de los beneficiarios de la presente demanda), en los que los hechos son distintos al crimen que constituiría los procesos arbitrales realizados en el Perú, que son el sustento de la resolución judicial española que se cuestiona. **Por tanto no se configuraría la vulneración del principio ne bis in ídem. En cuanto a esto último se debe agregar que el doble pronunciamiento fiscal de “no ha lugar ha formalizar denuncia penal” genera un status de inamovible respecto a los hechos investigados y no de cosa juzgada en tanto en sede fiscal no hay juzgamiento, sin embargo dicho status decae cuando i) aparecen nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, o ii) se acredite de manera manifiesta irregularidad en la investigación fiscal primigenia.** (Éstos supuestos pueden operar aún cuando el pronunciamiento fiscal en doble instancia haya señalado que lo actuado no constituye delito, lo que debe ser analizado caso por caso). *No obstante, si de la demanda se acusa la configuración de la vulneración al principio ne bis in ídem con una denuncia fiscal o la mera imputación de un ilícito penal en sede judicial (esto último porque así lo considera el demandante), entonces tal demanda**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



183



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

constitucional *ha desbordado el ámbito de tutela del hábeas corpus toda vez que ni la formalización de una investigación fiscal ni la mera denuncia fiscal o la imputación de un ilícito penal a través del auto de apertura de instrucción penal inciden en sí mismas de manera negativa y directa en el derecho a la libertad individual, que si bien pueden ser tutelados a través de la vía excepcional del amparo reparador, en presente caso no se cumple los presupuestos para su procedibilidad.*

9. En tal sentido reitero mi posición esbozada en dicho voto singular, reafirmando respecto a que el hecho de que el fiscal emita dictamen de “*No ha Lugar a formalizar denuncia penal*” no constituye cosa juzgada, puesto que en sede fiscal no hay juzgamiento. No obstante ello de presentarse nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el ente fiscal o de acreditarse irregularidades en la investigación preliminar y, como consecuencia de ello, se iniciase o reabriera una investigación fiscal tampoco procedería el proceso de hábeas corpus, puesto que conforme hemos señalado, el inicio de la investigación fiscal cuestionada no genera un agravio directo y concreto al derecho a la libertad individual del actor que pueda dar lugar a la procedencia de la demanda.
10. Asimismo expreso que la jurisprudencia de este Tribunal es mayoritaria al desestimar demandas que cuestionan vía hábeas corpus la actividad fiscal (denuncia, acusación, etc) –con excepción del plazo razonable– en atención a que no tiene incidencia negativa en el derecho a la libertad individual, puesto que no determinan restricción o limitación alguna al derecho a este derecho. [Exp. N.º 03452-2010-PHC/TC, Exp. N.º 03420-2010-PHC/TC, Exp. N.º 01097-2008-PHC/TC; Exp. N.º 02283-2008-PHC/TC; Exp. N.º 03333-2008-PHC/TC, entre otras].
11. Por consiguiente al no existir afectación directa en el derecho a la libertad individual, la demanda debe ser rechazada en aplicación del inciso 1 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus.

Sr.

**VERGARA GOTELLI**

Lo que certifico:

  
VICTOR ANDRES ALZAMORA CEREÑAS  
SECRETARIO GENERAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el pleno respeto por las opiniones expresadas, en el caso de autos mi posición se sustenta en las razones siguientes:

#### Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare: **i)** la *nulidad* de la denuncia penal de parte de fecha 15 de febrero de 2008, interpuesta por don Rigoberto Parra Rodríguez contra el recurrente por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa, y **ii)** la *nulidad* de la resolución fiscal de fecha 25 de febrero de 2008, que dispone abrir investigación preliminar contra el accionante por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa, así como la nulidad de todo lo actuado sobre la base de esta, alegándose la violación del principio de ubicuidad y del principio *ne bis in idem*, conexos con el derecho a la libertad personal.

#### Cuestión previa

2. Mediante la modificación del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, se incorpora el artículo 10-A que establece lo siguiente: *“El Presidente del Tribunal Constitucional cuenta con el voto decisorio para las causas que son competencia especial del Pleno en la que se produzca un empate de ponencias. Cuando por alguna circunstancia el Presidente del Tribunal Constitucional no pudiese intervenir para la resolución del caso, el voto decisorio recae en el Vicepresidente del Tribunal Constitucional. En caso este último no pudiese intervenir en la resolución del caso, el voto decisorio seguirá la regla de antigüedad, empezando del magistrado más antiguo al menos antiguo hasta encontrar mayoría necesaria para la resolución del caso”*.

Dicha modificación fue aprobada en sesión de Pleno del Tribunal Constitucional del 15 de marzo de 2011, con el voto del Magistrado Beaumont Callirgos en contra y la abstención del Magistrado Calle Hayen. El 17 de marzo de 2011, el Pleno aprobó por mayoría la inmediata aplicación de dicha modificatoria reglamentaria.

En el presente caso, la Relatoría del Tribunal Constitucional, da cuenta que en aplicación del mencionado artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional y el empate producido entre la posición que declara improcedente la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

demanda en un extremo y **FUNDADA** en el otro (tres votos –uno de ellos el del Presidente del Tribunal), y la posición que declara improcedente la demanda en un extremo e **INFUNDADA** en el otro (tres votos – dos de ellos el de los suscritos), constituye sentencia la primera de ellas, atendiendo al voto decisorio del Presidente.

Sobre el particular, más allá de las consideraciones que expresaré para que la demanda de autos sea declarada **INFUNDADA**, debo mencionar, previamente, algunas consideraciones respecto de mi oposición sobre la mencionada modificación del Reglamento Normativo y a la aplicación inmediata de dicha modificatoria.

En cuanto a lo primero, mi oposición se fundamenta en que una modificatoria del Reglamento Normativo como la que otorga voto decisorio al Presidente del Tribunal Constitucional, es contraria a la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, específicamente al artículo 5º. La modificación reglamentaria afecta la Ley Orgánica en la medida que ésta, por decisión calificada del legislador, ya ha regulado el sistema de votación del Tribunal Constitucional en su artículo 5º, no habiéndose previsto en ningún extremo que el Presidente pueda tener voto decisorio. Estimo que una competencia de este tipo sólo podía ser asignada por el legislador orgánico, tal como sucede en el derecho comparado, y no por un pleno del propio Tribunal Constitucional modificando su reglamento interno. La autonomía normativa que tiene el Tribunal se circunscribe básicamente a cuestiones accesorias que complementan lo ya establecido en la Constitución y en su Ley Orgánica, pero no para legislar al igual que el Parlamento. Esto constituye, a mi modo de ver, un exceso e invasión de competencias ajenas.

Si ya lo anterior es contrario a la Ley Orgánica, con mayor razón lo es otorgar voto decisorio a los demás componentes del Tribunal, en orden de antigüedad.

En segundo lugar y tal como lo manifesté, tampoco estoy de acuerdo con la disposición que establece la eficacia inmediata de dicha modificatoria y su correspondiente aplicación a los casos en trámite –como el de autos–, pues estimo que para lograr una efectiva labor del Tribunal y por seguridad jurídica, debía ser necesario diferir su entrada en vigor, por ejemplo, para los casos ingresados al Tribunal Constitucional a partir de la fecha de publicación de la modificatoria reglamentaria, no antes. Pero, hacerlo en los que ya se había producido la vista de la causa y peor aún, en los que ya fueron rubricados o votados hace meses, como en el caso de otros expedientes, resulta nocivo y preocupante.

Por último y desde otro enfoque, la gravedad del caso de autos es extrema si se considera que por Fundada hay tres votos; por Infundada, también tres votos; y hay



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

un voto más por Improcedente, es decir, este último también declara y resuelve que la pretensión del recurrente no debe ser atendida. Trátese entonces de vicio de forma o de fondo, solamente hay tres a favor contra cuatro en contra. Leer los votos en forma distinta es privilegiar la aritmética barata frente a la ciencia del Derecho.

### **La denuncia penal de parte y la no incidencia en el derecho a la libertad individual**

3. La Constitución establece expresamente en el artículo 200º, *inciso* 1, que a través del proceso de hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el hábeas corpus.
4. En el caso *constitucional* de autos se advierte de manera objetiva que los hechos alegados de lesivos y que se encontrarían materializados en la *denuncia penal de parte, de fecha 15 de febrero de 2008, interpuesta por don Rigoberto Basilio Parra Rodríguez contra el accionante por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa, la que se sustentaría en pruebas falsas y prefabricadas, tales como la copia de una denuncia anterior, de la resolución que dispone su archivo y de su confirmatoria, así copia de una demanda de pago por indemnización, etc.* (fojas 45, Exp. N.º 2527-2009-PHC/TC), en modo alguno tienen incidencia negativa concreta sobre su derecho a la libertad personal, sea como amenaza o como violación, esto es, no determinan restricción o limitación alguna al derecho a la libertad individual, por lo que la pretensión resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza de este proceso constitucional de la libertad, por lo que, en este extremo, consideramos que la demanda deber ser declarada improcedente.

### **El principio de ubicuidad y su incidencia en aspectos de orden estrictamente legal**

5. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que si bien el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139º, *inciso* 3, de la Constitución Política del Perú garantiza la observancia de las garantías de *orden procesal* que asisten a las partes, no es posible sin embargo tutelar en sede constitucional todas y cada una de dichas garantías, sino únicamente aquellas de rango constitucional. En ese sentido, no resulta procedente cuestionar mediante el proceso constitucional de la libertad como es el hábeas corpus cuando la actuación del órgano jurisdiccional corresponda a aspectos de orden estrictamente legal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

6. En el *caso constitucional* de autos el demandante cuestiona la interposición de una nueva denuncia penal de parte, en su contra, por el mismo delito y por los mismos hechos (*delito de extorsión*), pero esta vez en el Distrito Judicial de Ica, pese a que según refiere, los hechos habrían ocurrido en su oficina, ubicada en el Distrito de La Victoria – Lima, dando a entender que ello supone la directa contravención del artículo 5º del Código Penal y del artículo 19º del Código de Procedimientos Penales, referidos al lugar de la comisión del delito y a la competencia territorial de la autoridad para llevar a cabo la investigación. Siendo así, considero que la demanda está orientada a cuestionar aspectos de orden estrictamente legal que en principio deben ser examinados en sede de la investigación preliminar o, en su caso, en el proceso penal, y no en un proceso constitucional de la libertad como es el hábeas corpus, por lo que la pretensión resulta manifiestamente incompatible con este proceso constitucional de la libertad, por lo que estimo que la demanda, en este extremo, también debe ser declarada improcedente.

#### **Las actuaciones fiscales en la investigación preliminar y su incidencia en el derecho a la libertad individual**

7. El Tribunal Constitucional en anterior y constante jurisprudencia ha precisado que las actuaciones del Ministerio Público a nivel de la investigación preliminar del delito aún cuando puedan afectar a los denominados derechos constitucionales conexos (debido proceso, derecho de defensa, *ne bis in idem*, etc.) no inciden de manera negativa o directa en el derecho a la libertad individual, más concretamente, en el derecho a la libertad personal, sea como amenaza o como violación, toda vez que dicho órgano autónomo no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad individual. La falta de la *incidencia negativa* llevó a que el Tribunal en reiteradas oportunidades optara por declarar la improcedencia de la demanda.
8. Sin embargo, posteriormente, el Tribunal ha morigerado dicho criterio al señalar que las actuaciones del Ministerio Público en la etapa preliminar, **en principio**, no inciden de manera negativa en el derecho a la libertad individual (Exp. N.º 04291-2008-PHC/TC; Exp. N.º 03576-2009-PHC/TC; Exp. N.º 03730-2009-PHC/TC, entre otros), de lo que se deduce entonces que existiría la posibilidad, aunque sólo de manera excepcional, que en sede fiscal se produzca la afectación de dicho derecho, lo cual permitiría que el Tribunal emita pronunciamiento sobre el fondo. En efecto, uno de los supuestos en los que se podría presentar tal circunstancia sería en los casos en que se advierta una *doble investigación y/o persecución* por parte del Ministerio Público, pues si bien esta situación de hecho no supone en estricto la privación del derecho a la libertad individual, más concretamente, a la libertad personal, sí comporta empero una intervención en menor grado a dicho derecho.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

### El principio constitucional de *ne bis in ídem* y sus excepciones

9. El principio *ne bis in ídem* tiene eficacia jurídica no sólo en el ámbito del proceso penal propiamente dicho, sino también en la etapa prejurisdiccional, es decir, ahí en la fase del proceso penal en la que corresponde al Ministerio Público concretizar el mandato constitucional de *conducir y/o dirigir desde su inicio la investigación del delito* (artículo 159º, inciso, 4 de la Const). Demás está decir que estas facultades, en tanto órgano constituido, y por ende, sometido también a la Constitución, deben ser ejercidas haciendo prevalecer la supremacía jurídica de la Constitución y el respeto y la tutela de los principios o derechos fundamentales, entre ellos, el principio *ne bis in ídem*.
10. Ya en sentencia anterior (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC), el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio *ne bis in ídem* se encuentra implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución Política, y que tiene una doble dimensión: por un lado, una versión sustantiva, y por otro, una connotación procesal. En tal virtud, sostuvo que en su *vertiente material* garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por un mismo hecho, pues guarda conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad; y en su *vertiente procesal* garantiza el no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho, en ambos casos, siempre que exista la concurrencia de tres presupuestos: **i)** identidad de la persona perseguida (*eadem persona*); **ii)** identidad del objeto de persecución (*eadem res*), e **iii)** identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*).
11. Sin embargo, lo anterior no puede ser entendido de modo categórico, es decir, no puede afirmarse que la sola existencia de una nueva investigación preliminar contra una persona por el mismo delito y sobre la base de los mismos hechos implica la existencia de una afectación al principio *ne bis in ídem*, sino que, bien entendidas las cosas, ello supone que debe verificarse si la investigación preliminar anterior concluyó con una decisión fiscal definida y definitiva que válidamente produzca, si bien no la calidad de cosa juzgada, sí los efectos de ésta. De modo similar, el Tribunal ha señalado que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este principio no opera por el sólo hecho de que se le oponga la existencia *fáctica* de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido (Exp. N.º 4587-2004-HC/TC, caso Martín Rivas).
12. Y es que existe un marcado consenso en que la prohibición de doble denuncia por el mismo delito y por los mismos hechos tiene cuando menos dos excepciones: **i)** que la denuncia anterior no fue debidamente investigada (investigación deficiente), y **ii)**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

que se aporten nuevos elementos probatorios. En cuanto a la debida o adecuada investigación, de acuerdo a la Constitución y a la ley, corresponde al Ministerio Público el señorío de la investigación preliminar, y por ende, debe conducir y/o dirigir desde su inicio la investigación del delito que consiste en reunir y examinar los elementos de juicio que revelen la existencia de un delito. En ese sentido, el representante del Ministerio Público puede practicar o hacer practicar toda clase de diligencias que sean conducentes para la averiguación de los hechos, y termina cuando la causa está tan aclarada que el fiscal puede decidir si debe o no formalizar la denuncia o la investigación preparatoria. Por el contrario, si el Ministerio Público no cumple con el mandato constitucional, es decir, decide concluir esta etapa sobre la base de una investigación diminuta o deficiente, queda claro que dicha decisión no puede ser considerada como jurídicamente válida.

En términos similares, este Tribunal ya ha precisado, por ejemplo, que “(...) el nuevo proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de terrorismo y homicidio calificado, en agravio del Estado (...) ha sido instaurado (...) sobre la base de medios probatorios que de manera injustificada no fueron actuados en el proceso anterior (...), por lo que, la decisión emitida en el anterior proceso penal no puede ser considerada jurídicamente válida” (Exp. N.º 6071-2008-PHC/TC).

### Análisis del caso materia de controversia constitucional

13. En el caso *de autos*, del expediente fiscal (**Ingreso N° 24-2004**) solicitado por el Tribunal Constitucional a la Trigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima y que fue remitido mediante Oficio N° 24-2004-39°FPPL-MP-FN de fecha 18 de enero de 2010, se advierte que con fecha 7 de febrero de 2004, a las **20:00 horas**, don Rigoberto Parra Rodríguez formuló denuncia penal de parte contra el recurrente por la presunta comisión del delito de extorsión supuestamente por haberle solicitado la suma de cinco mil (\$ 5.000) dólares americanos para asegurar su ratificación por el Consejo Nacional de la Magistratura en el cargo de Fiscal Superior del Distrito Judicial de Ica. De la denuncia que obra a fojas 9 del expediente fiscal, en lo pertinente, se aprecia:

**“RIBOBERTO B. PARRA RODRÍGUEZ (sic) (...) vengo a denunciar penalmente al señor Wilmer Medina, abogado que tiene su oficina en el Jr. Rodolfo Beltrán N° 107 OF. 301 (altura de la cuadra 14 de la Av. Javier Prado Este), por Delito de Extorsión al haberle solicitado al suscrito el día de ayer 05 de febrero de 2004 a horas 18.30, la suma de cinco mil dólares americanos (...), en el interior de su oficina, previo contacto telefónico con sus intermediarios en la ciudad de Ica, dinero que según refiere ha de ser entregado al Dr. CHUNGA CHÁVEZ, miembro del Consejo Nacional de la Magistratura (...), para asegurar mi ratificación como Fiscal Superior Titular del Distrito Judicial de Ica (...), por lo que solicito respetuosamente de digne disponer al Fiscal Provincial de Turno, se realice un operativo**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

en merito a la denuncia y de esta forma se logre intervenir al denunciado y a los que resulten responsables (...), que las pruebas las presentara oportunamente” (el resaltado es nuestro).

En ese instante, esto es, siendo las **20:00** horas del 7 de febrero de 2004, la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, a cargo de la fiscal Nancy Vargas Cuba recepcionó la declaración indagatoria del denunciante Rigoberto Parra Rodríguez (fojas 11), quien señaló lo siguiente:

“(…) ante una llamada telefónica recibida aproximadamente a las 17.00 horas, en vista de que le dije que me encontraba en la Ciudad de Ica, me dijo que viaje urgentemente **para que le entregue a las 20:00 horas, en su oficina** ubicada en el Jr. Rodolfo Beltrán N° 107 Oficina 301 – Altura de la cuadra 14 de la Av. Javier Prado Este en San Borja (...), que **se realice un operativo correspondiente para lograr la captura** de esta persona que refiere ser allegada al consejero, Dr. Chunga Chávez (...), haciendo presente que **el declarante se ha hecho presente en las oficinas del Ministerio Público desde las 19.00 horas en primer lugar ante la Fiscalía Anticorrupción, la misma que me fue derivada a esta Fiscalía refiriendo no es de su competencia**, ya que lo ideal hubiese sido hacer un operativo en el acto para lograr la captura del denunciado”. (el resaltado es nuestro).

14. No obstante ello, y luego de haber realizado algunas actuaciones simples, tales como la consulta en línea en las páginas webs del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC), Colegio de Abogados de Lima (CAL) y Telefónica del Perú, a efectos de identificar a la persona denunciada, así como la declaración indagatoria de este (Wilber Nilo Medina Barcena), la fiscal de la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, doña Nancy Vargas Cuba mediante resolución fiscal de fecha 27 de diciembre de 2004 (fojas 88), resolvió declarar *no ha lugar a formalizar denuncia penal (Ingreso N° 24-2004)*, bajo los siguientes argumentos:

“dicho denunciante no se ha presentado ante el Despacho de esta Fiscalía, a pesar de haber sido notificado en reiteradas ocasiones tanto a su domicilio consignado en su denuncia de parte, como el domicilio de residencia en la ciudad de Ica y mediante oficio cursado a través del Decanato Superior del Distrito Judicial de Ica, conforme se aprecia de los reiterados cargos de notificación y cargo del oficio cursado (...), **con la finalidad que el recurrente aporte mayores elementos que permitan inferir la comisión del evento incriminado**, así como proporcionar la identidad completa de presunto autor del ilícito que alude se cometió en su contra, ya que en autos solo se tiene la imputación inicial (...), **demonstrando con su inconcurrencia poco interés en el esclarecimiento de los hechos denunciados**”.

“el denunciante interpone denuncia por delito de extorsión (...), advirtiéndose que en el caso sub-materia **existe una equivocada invocación del tipo penal denunciado, por cuanto no se ha establecido en ningún momento que el denunciante haya sido violentado, amenazado o en su defecto y haya sido mantenido como rehén**, y a consecuencia de ello se le haya solicitado una ventaja económica (dinero) o de cualquier otra índole a favor del agente o de un tercero”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

“el denunciante, no ha podido identificar plenamente a la persona que cometió el delito en su agravio, por otra parte, **en el proceso de ratificación llevado a cabo por el Consejo Nacional de la Magistratura fue ratificado en su cargo de Fiscal Superior sin haber desembolsado algún pago a favor del agente o de un tercero o haberse visto afectado en su patrimonio**, teniéndose en autos solo la imputación del denunciante sin documento, prueba o testimonio alguno que lo corrobore, puesto que **la sola sindicación sin encontrarse aparejada con un medio probatorio idóneo resulta insuficiente para formarnos convicción de la comisión del delito denunciado** y por ende formalizar denuncia penal” (énfasis añadido).

Esta resolución fiscal fue impugnada mediante queja de derecho por don Rigoberto Parra Rodríguez (fojas 94), bajo los siguientes argumentos:

“(…) se solicitó a la Fiscal de Turno la inmediata intervención mediante un operativo para intervenir al denunciado Wilber Medina quien estuvo esperando en su oficina (…), el supuesto interés de parte del suscrito para el esclarecimiento de los hechos (…), no existe, por cuanto, el suscrito ha tenido el mayor interés que éstos hechos se esclarezcan desde el primer día de la denuncia e incluso existe una declaración de ratificación de la misma ante la Fiscalía de Turno (…). Ahora bien (…), **refiere que el tipo penal denunciado (extorsión) no corresponde a los hechos denunciados; de ser así el Representante del Ministerio Público con las facultades que le otorga la Ley está en la obligación de adecuarlo al tipo penal que aparece del análisis que se ha realizado a la denuncia, lo cual, no lo ha hecho su despacho, incumpliendo los deberes fundamentales del titular de la acción penal, más aún tratándose de un delito perseguible de oficio**” (énfasis añadido).

No obstante ello, dicha resolución fiscal, fue confirmada por la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, a cargo del fiscal Pedro Miguel Angulo Arana, quien mediante resolución fiscal de fecha 22 de febrero de 2005 (fojas 105), entre otros fundamentos, señaló que:

“De la revisión de los actuados, se advierte que como cargo, obra la sola sindicación del denunciante sin prueba alguna que corrobore la imputación del delito de extorsión, efectuada al denunciado, ello a pesar de haberse realizado las reiteradas notificaciones que obran en los recaudos, **a efectos de que el denunciante se apersona a la Trigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima y brinde mayores elementos de prueba**, que ayuden a esclarecer los hechos materia de investigación (…), **el denunciante pasa por alto que para formalizar su denuncia el Fiscal debe presentar al Juez indicios suficientes o elementos de prueba reveladores de la existencia del delito y no se podría formalizar una denuncia, prometiendo que el denunciante, luego de que tal se formule y admita, recién las alcanzará; pues tal lógica, no pertenece a nuestro modelo procesal**” (énfasis añadido).

15. Sobre la base de todo lo expuesto, considero que la Trigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima no ha realizado una debida o adecuada investigación preliminar respecto de la *primera* denuncia penal de parte (**Ingreso N° 24-2004**), y ello no sólo porque no se realizó al momento de la denuncia penal el operativo correspondiente, imprescindible para esta clase de delitos, sino porque tampoco mostró interés en averiguar la producción de los hechos materia de denuncia al no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

haber interrogado de manera detallada y diligente sobre ellos al momento de recibirse la declaración indagatoria del denunciante Parra Rodríguez, y tampoco recabó los números de los teléfonos y/o celulares o solicitó el levantamiento del secreto de las comunicaciones de los involucrados, ni mucho menos se preocupó por la identificación de los “intermediarios” a que hace referencia el denunciante en su denuncia de parte, a efectos de que sean citados a la investigación; no obstante ello, la Fiscal Provincial Penal, Nancy Vargas Cuba, dispuso el archivo definitivo de la investigación en los términos antes señalados.

Así las cosas, pudiendo ser subsanada en su oportunidad las deficiencias anotadas, la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, a cargo del fiscal Pedro Miguel Angulo Arana, sin que existan mayores fundamentos y haciendo solo referencia a que no aparecen suficientes elementos que ameriten el accionar fiscal o que el denunciante Parra Rodríguez no concurrió a la ampliación de su declaración indagatoria, y sobre todo, sin contestar los argumentos formulados por el denunciante en su recurso de queja de derecho, confirmó dicho estado de cosas al declarar infundada la queja.

16. Asimismo, se advierte una falta de colaboración del ahora emplazado Rigoberto Basilio Parra Rodríguez en la investigación preliminar citada (**Ingreso N° 24-2004**) y es que, no obstante haber sido debidamente notificado en varias oportunidades, no se presentó a la Fiscalía Provincial Penal de Lima a fin de rendir la ampliación de su declaración indagatoria, y sobre todo, pese a tener en su poder elementos probatorios, como son las cintas magnetofónicas, no las proporcionó o incorporó en su oportunidad a la investigación, con el equivocado argumento de que “*las pruebas las presentaré oportunamente*”(fojas 9), para recién hacerlo al momento de interponer su segunda denuncia penal de parte ante la Fiscalía Provincial Penal de Ica, dificultando con ello la acción de la justicia, más aún si el denunciante se desempeñaba también como Fiscal Superior Titular en el Distrito Judicial de Ica, situación que llama la atención.
17. Tal circunstancia, sin embargo, no puede reemplazar o, en todo caso, no puede eximir fundamentalmente a la Trigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima de la obligación constitucional de *asumir* desde el inicio la conducción y/o dirección de la investigación preliminar del delito, la que, como no puede ser de otro modo, debe ser realizada con diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes. En ese sentido, considero pertinente remitir copias certificadas de los principales actuados a la Fiscalía Superior de Control Interno del Distrito Judicial de Lima, a la Fiscalía Suprema de Control Interno y a la Fiscalía Provincial Penal de Turno de Lima, a fin de que examinen y/o dilucidan las consecuencias jurídicas de la actuación de la fiscal de la Trigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, Nancy Vargas Cuba; del fiscal de la Quinta Fiscalía



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



193  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
OTDA  
191

EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

Superior Penal de Lima, Pedro Miguel Angulo Arana, así como del emplazado Rigoberto Basilio Parra Rodríguez, respectivamente.

18. Estando a lo anterior, estimo que la resolución fiscal de fecha 25 de febrero de 2008, emitida por la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Ica (fojas 174), que dispuso abrir investigación preliminar contra el accionante por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa y todo lo actuado sobre la base de ésta (**Ingreso N° 2008-078**), constituye una excepción a la prohibición de nueva investigación preliminar; de lo que se colige que no se ha producido la violación del principio constitucional *ne bis in ídem* a nivel de la investigación preliminar del delito, por lo que, en este extremo, la demanda debe ser declarada infundada.

Por estas razones, mi voto es por:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que se solicita la  *nulidad* de la denuncia penal de parte formulada por don Rigoberto Basilio Parra Rodríguez en contra del accionante, así como en el extremo que se cuestiona la violación del principio de *ubicuidad*.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que se solicita la  *nulidad* de la nueva investigación preliminar por el delito de extorsión en el grado de tentativa, así como todo lo actuado sobre la base de ésta (**Ingreso N° 2008-078**), al no haberse producido la violación del principio constitucional de *ne bis in ídem*.
3. Disponer la remisión de copias certificadas de los principales actuados a la Fiscalía Suprema de Control Interno y a la Fiscalía Superior de Control Interno del Distrito Judicial de Lima, a fin de que examinen y/o diluciden las consecuencias jurídicas de la actuación del fiscal de la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, Pedro Miguel Angulo Arana, y de la fiscal de la Trigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, Nancy Vargas Cuba, respectivamente.
4. Disponer la remisión de copias certificadas de los principales actuados a la Fiscalía Provincial Penal de Turno de Lima, a fin de que examine y/o dilucide las consecuencias jurídicas de la actuación del emplazado Rigoberto Basilio Parra Rodríguez.

Sr.

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

  
VICTOR ANTONIO RAMOS CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC y  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC  
(ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

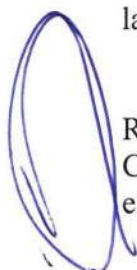
Mediante la modificación del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, se incorpora el artículo 10-A que establece lo siguiente: *“El Presidente del Tribunal Constitucional cuenta con el voto decisorio para las causas que son competencia especial del Pleno en la que se produzca un empate de ponencias. Cuando por alguna circunstancia el Presidente del Tribunal Constitucional no pudiese intervenir para la resolución del caso, el voto decisorio recae en el Vicepresidente del Tribunal Constitucional. En caso este último no pudiese intervenir en la resolución del caso, el voto decisorio seguirá la regla de antigüedad, empezando del magistrado más antiguo al menos antiguo hasta encontrar mayoría necesaria para la resolución del caso”*.

Dicha modificación fue aprobada en sesión de Pleno del Tribunal Constitucional del 15 de marzo de 2011, con mi voto en contra. El 17 de marzo de 2011, el Pleno aprobó por mayoría la inmediata aplicación de dicha modificatoria reglamentaria.

En el presente caso, la Relatoría del Tribunal Constitucional, da cuenta que en aplicación del mencionado artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional y el empate producido entre la posición que declara improcedente la demanda en un extremo y **FUNDADA** en el otro (tres votos –uno de ellos el del Presidente del Tribunal), y la posición que declara improcedente la demanda en un extremo e **INFUNDADA** en el otro (tres votos –uno de ellos el del suscrito–), constituye sentencia la primera de ellas, atendiendo al voto decisorio del Presidente.

Sobre el particular, más allá de las consideraciones que he expresado para que la demanda de autos sea declarada **IMPROCEDENTE** en el extremo que se solicita la nulidad de la denuncia penal formulada por don Rigoberto Basilio Parra Rodríguez en contra del accionante, entre otros, e **INFUNDADA** en el extremo que se solicita la nulidad de la nueva investigación preliminar al no haberse acreditado la vulneración del principio *ne bis in idem*, debo mencionar, previamente, algunas consideraciones respecto de mi oposición a la mencionada modificación del Reglamento Normativo y a la aplicación inmediata de dicha modificatoria.

En cuanto a lo primero, mi oposición se fundamenta en que una modificatoria del Reglamento Normativo como la que otorga voto decisorio al Presidente del Tribunal Constitucional, es contraria a la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, específicamente al artículo 5º. La modificación reglamentaria afecta la Ley Orgánica en





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



la medida que ésta, por decisión calificada del legislador, ya ha regulado el sistema de votación del Tribunal Constitucional en su artículo 5°, no habiéndose previsto en ningún extremo que el Presidente pueda tener voto decisorio. Estimo que una competencia de este tipo sólo podía ser asignada por el legislador orgánico, tal como sucede en el derecho comparado, y no por un pleno del propio Tribunal Constitucional modificando su reglamento interno. La autonomía normativa que tiene el Tribunal se circunscribe básicamente a cuestiones accesorias que complementan lo ya establecido en la Constitución y en su Ley Orgánica, pero no para legislar al igual que el Parlamento. Esto constituye, a mi modo de ver, un exceso e invasión de competencias ajenas.

Si ya lo anterior es contrario a la Ley Orgánica, con mayor razón lo es otorgar voto decisorio a los demás componentes del Tribunal, en orden de antigüedad.

En segundo lugar y tal como lo manifesté, tampoco me encuentro de acuerdo con la disposición que establece la eficacia inmediata de dicha modificatoria y su correspondiente aplicación a los casos en trámite –como el de autos–, pues estimo que para lograr una efectiva labor del Tribunal y por seguridad jurídica, debía ser necesario diferir su entrada en vigencia, por ejemplo, para los casos ingresados al Tribunal Constitucional a partir de la fecha de publicación de la modificatoria reglamentaria, no antes. Pero, hacerlo en los que ya se había producido la vista de la causa y peor aún, en los que ya fueron rubricados o votados hace meses, como en el caso de otros expedientes, resulta nocivo y preocupante.

Por último y desde otro enfoque, la gravedad del caso de autos es extrema si consideramos que por Fundada hay tres votos; por Infundada, también tres votos; y hay un voto más por Improcedente, es decir, este último también declara y resuelve que la pretensión del recurrente no debe ser atendida. Trátese entonces de vicio de forma o de fondo, si bien hay tres votos a favor y tres votos en contra, existe un elemento que ineludiblemente justifica que el Presidente del Tribunal Constitucional elija no hacer uso del *voto decisorio*, el mismo que radica en la existencia de un voto que declara improcedente el respectivo extremo de la demanda, es decir, un voto conforme al que la pretensión del demandante no tiene ni siquiera cobertura en la justicia constitucional. Es claro que no se puede equiparar un voto que declara infundada la demanda y un voto que la declara improcedente, pero es claro también que dicho voto por la improcedencia, sumado a los 3 votos que declaran infundada la demanda, es una razón más que suficiente para que el Presidente opte por no usar su *voto decisorio* en el presente caso. Leer los votos en forma distinta es privilegiar la aritmética barata frente al sentido común que se encuentra ínsito en la aplicación del Derecho.

Si lo antes expresado ya constituye poderosa razón para no usar el *voto decisorio* del Presidente, debo agregar que la resolución fiscal cuestionada en el presente habeas corpus fue expedida con fecha 25 de febrero de 2008, de modo que a la fecha, han transcurrido más de 3 años, lo que indica que es indispensable conocer el estado actual del respectivo proceso penal, pues puede suceder que a la fecha el caso ya esté resuelto,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



dando como resultado que el fallo del TC sea contradictorio con los fines de dicho proceso sancionatorio.

S.

BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

## VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

### Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare: **i)** la *nulidad* de la denuncia penal de parte de fecha 15 de febrero de 2008, interpuesta por don Rigoberto Parra Rodríguez contra el recurrente por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa, y **ii)** la *nulidad* de la resolución fiscal de fecha 25 de febrero de 2008, que dispone abrir investigación preliminar contra el accionante por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa, así como la nulidad de todo lo actuado sobre la base de esta, alegándose la violación del principio de ubicuidad y del principio de *ne bis in idem*, conexos con el derecho a la libertad personal.

### La denuncia penal de parte y la no incidencia en el derecho a la libertad individual

2. La Constitución establece expresamente en el artículo 200°, *inciso* 1, que a través del proceso de hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el hábeas corpus.
3. En el caso *constitucional* de autos se advierte de manera objetiva que los hechos alegados como lesivos y que se encontrarían materializados *en la denuncia penal de parte, de fecha 15 de febrero de 2008, interpuesta por don Rigoberto Basilio Parra Rodríguez contra el accionante por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa, la que se sustentaría en pruebas falsas y prefabricadas, tales como la copia de una denuncia anterior, de la resolución que dispone su archivo y de su confirmatoria, así copia de una demanda de pago por indemnización, etc.* (fojas 45, Exp. N.º 2527-2009-PHC/TC), en modo alguno tienen incidencia negativa concreta sobre su derecho a la libertad personal, sea como amenaza o como violación; esto es, no determinan restricción o limitación alguna al derecho a la libertad individual, por lo que la pretensión resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza de este proceso constitucional de la libertad, por lo que, en este extremo, considero que la demanda deber ser declarada improcedente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

### **El principio de ubicuidad y su incidencia en aspectos de orden estrictamente legal**

4. El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha precisado que si bien el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139º, *inciso 3*, de la Constitución Política del Perú garantiza la observancia de las garantías de *orden procesal* que asisten a las partes, no es posible sin embargo tutelar en sede constitucional todas y cada una de dichas garantías, sino únicamente aquellas de rango constitucional. En ese sentido, no resulta procedente cuestionar mediante el proceso constitucional de la libertad como es el hábeas corpus cuando la actuación del órgano jurisdiccional corresponda a aspectos de orden estrictamente legal.
5. En el *caso* el demandante cuestiona la interposición de una nueva denuncia penal de parte en su contra, por el mismo delito y por los mismos hechos (*delito de extorsión*), pero esta vez en el Distrito Judicial de Ica, pese a que, según refiere, los hechos habrían ocurrido en su oficina, ubicada en el Distrito de La Victoria – Lima, dando a entender que ello supone la directa contravención del artículo 5º del Código Penal y del artículo 19º del Código de Procedimientos Penales, referidos al lugar de la comisión del delito y a la competencia territorial de la autoridad para llevar a cabo la investigación. Siendo así, considero que la demanda está orientada a cuestionar aspectos de orden estrictamente legal que en principio deben ser examinados en sede de la investigación preliminar o, en su caso, en el proceso penal, y no en un proceso constitucional de la libertad como es el hábeas corpus, de modo que la pretensión resulta manifiestamente incompatible con este proceso constitucional de la libertad, por lo que estimo que la demanda, en este extremo, también debe ser declarada improcedente.

### **Las actuaciones fiscales en la investigación preliminar y su incidencia en el derecho a la libertad individual**

6. El Tribunal Constitucional en anterior y constante jurisprudencia ha precisado que las actuaciones del Ministerio Público a nivel de la investigación preliminar del delito aún cuando puedan afectar a los denominados derechos constitucionales conexos (debido proceso, derecho de defensa, *ne bis in idem*, etc.) no inciden de manera negativa o directa en el derecho a la libertad individual, más concretamente, en el derecho a la libertad personal, sea como amenaza o como violación, toda vez que dicho órgano autónomo no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad individual. La falta de la *incidencia negativa* conllevó a que el Tribunal en reiteradas oportunidades optara por declarar la improcedencia de la demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC

EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)

LIMA

WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

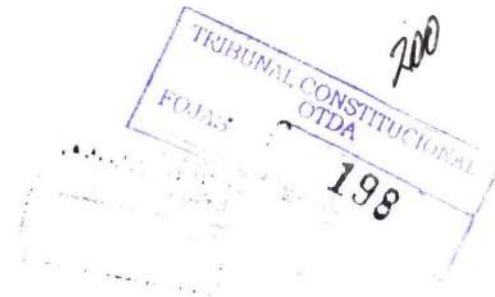
7. Sin embargo, posteriormente, el Tribunal ha morigerado dicho criterio al señalar que las actuaciones del Ministerio Público en la etapa preliminar, **en principio**, no inciden de manera negativa en el derecho a la libertad individual (Exp. N.º 04291-2008-PHC/TC; Exp. N.º 03576-2009-PHC/TC; Exp. N.º 03730-2009-PHC/TC, entre otros), de lo que se deduce entonces que existiría la posibilidad, aunque sólo de manera excepcional, que en sede fiscal se produzca la afectación de dicho derecho, lo cual permitiría que el Tribunal emita pronunciamiento sobre el fondo. En efecto, uno de los supuestos en los que se podría presentar tal circunstancia sería en los casos en que se advierta una *doble investigación y/o persecución* por parte del Ministerio Público, pues si bien esta situación de hecho no supone en estricto la privación del derecho a la libertad individual, más concretamente, a la libertad personal, sí comporta empero una intervención en menor grado a dicho derecho.

#### El principio constitucional de *ne bis in idem* y sus excepciones

8. El principio *ne bis in idem* tiene eficacia jurídica no sólo en el ámbito del proceso penal propiamente dicho, sino también en la etapa prejurisdiccional, es decir, ahí en la fase del proceso penal en la que corresponde al Ministerio Público concretizar el mandato constitucional de *conducir y/o dirigir desde su inicio la investigación del delito* (artículo 159º, inciso, 4 de la Const). Demás está decir que estas facultades, en tanto órgano constituido, y por ende, sometido también a la Constitución, deben ser ejercidas haciendo prevalecer la supremacía jurídica de la Constitución y el respeto y la tutela de los principios o derechos fundamentales, entre ellos, el principio de *ne bis in idem*.
9. Ya en sentencia anterior (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC), el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de *ne bis in idem* se encuentra implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución Política, y que tiene una doble dimensión: por un lado, una versión sustantiva, y por otro, una connotación procesal. En tal virtud, sostuvo que en su *vertiente material* garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por un mismo hecho, pues guarda conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad; y en su *vertiente procesal* garantiza el no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho, en ambos casos, siempre que exista la concurrencia de tres presupuestos: **i)** identidad de la persona perseguida (*eadem persona*); **ii)** identidad del objeto de persecución (*eadem res*), e **iii)** identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*).
10. Sin embargo, lo anterior no puede ser entendido de modo categórico, es decir, no puede afirmarse que la sola existencia de una nueva investigación preliminar contra



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

una persona por el mismo delito y sobre la base de los mismos hechos implica la existencia de una afectación al principio de *ne bis in idem*, sino que, bien comprendidas las cosas, ello supone que debe verificarse si la investigación preliminar *anterior* concluyó con una decisión fiscal definida y definitiva que válidamente produzca, si bien no la calidad de cosa juzgada, sí los efectos de ésta. De modo similar, el Tribunal ha señalado que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este principio no opera por el sólo hecho de que se le oponga la existencia *fáctica* de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido (Exp. N.º 4587-2004-HC/TC, caso Martín Rivas).

11. Y es que existe un marcado consenso en que la prohibición de doble denuncia por el mismo delito y por los mismos hechos tiene cuando menos dos excepciones: **i)** que la denuncia anterior no fue debidamente investigada (investigación deficiente), y **ii)** que se aporten nuevos elementos probatorios. En cuanto a la debida o adecuada investigación, de acuerdo a la Constitución y a la ley, corresponde al Ministerio Público el señorío de la investigación preliminar, y por ende, debe conducir y/o dirigir desde su inicio la investigación del delito que consiste en reunir y examinar los elementos de juicio que revelen la existencia de un delito. En ese sentido, el representante del Ministerio Público puede practicar o hacer practicar toda clase de diligencias que sean conducentes para la averiguación de los hechos, y termina cuando la causa está tan aclarada que el fiscal puede decidir si debe o no formalizar la denuncia o la investigación preparatoria. Por el contrario, si el Ministerio Público no cumple con el mandato constitucional, es decir, decide concluir esta etapa sobre la base de una investigación diminuta o deficiente, queda claro que dicha decisión no puede ser considerada como jurídicamente válida.

En términos similares, el Tribunal Constitucional ya ha precisado, por ejemplo, que “(...) *el nuevo proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de terrorismo y homicidio calificado, en agravio del Estado (...) ha sido instaurado (...) sobre la base de medios probatorios que de manera injustificada no fueron actuados en el proceso anterior (...), por lo que, la decisión emitida en el anterior proceso penal no puede ser considerada jurídicamente válida*” (Exp. N.º 6071-2008-PHC/TC).

#### **Análisis del caso materia de controversia constitucional**

12. En el caso *de autos*, del expediente fiscal (**Ingreso N.º 24-2004**) solicitado por el Tribunal Constitucional a la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima y que fue remitido mediante Oficio N.º 24-2004-39ºFPPL-MP-FN de fecha 18 de enero de 2010, se advierte que con fecha 7 de febrero de 2004, a las **20:00 horas**,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



201  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS 199  
OTDA



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

don Rigoberto Parra Rodríguez formuló denuncia penal de parte contra el recurrente por la presunta comisión del delito de extorsión supuestamente por haberle solicitado la suma de cinco mil (\$ 5.000) dólares americanos para asegurar su ratificación por el Consejo Nacional de la Magistratura en el cargo de Fiscal Superior del Distrito Judicial de Ica. De la denuncia que obra a fojas 9 del expediente fiscal, en lo pertinente, se aprecia:

“**RIBOBERTO B. PARRA RODRÍGUEZ** (sic) (...) vengo a denunciar penalmente al señor Wilmer Medina, abogado que tiene su oficina en el Jr. Rodolfo Beltrán N° 107 OF. 301 (altura de la cuadra 14 de la Av. Javier Prado Este), por Delito de Extorsión **al haberle solicitado al suscrito el día de ayer 05 de febrero de 2004 a horas 18.30, la suma de cinco mil dólares americanos (...), en el interior de su oficina, previo contacto telefónico con sus intermediarios en la ciudad de Ica, dinero que según refiere ha de ser entregado al Dr. CHUNGA CHÁVEZ, miembro del Consejo Nacional de la Magistratura (...), para asegurar mi ratificación como Fiscal Superior Titular del Distrito Judicial de Ica (...), por lo que solicito respetuosamente de digne disponer al Fiscal Provincial de Turno, se realice un operativo en merito a la denuncia y de esta forma se logre intervenir al denunciado y a los que resulten responsables (...), que las pruebas las presentara oportunamente**” (el resaltado es nuestro).

En ese instante, esto es, siendo las **20:00** horas del 7 de febrero de 2004, la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, a cargo de la fiscal Nancy Vargas Cuba recepcionó la declaración indagatoria del denunciante Rigoberto Parra Rodríguez (fojas 11), quien señaló lo siguiente:

“(....) ante una llamada telefónica recibida aproximadamente a las 17.00 horas, en vista de que le dije que me encontraba en la Ciudad de Ica, me dijo que viaje urgentemente **para que le entregue a las 20:00 horas, en su oficina** ubicada en el Jr. Rodolfo Beltrán N° 107 Oficina 301 – Altura de la cuadra 14 de la Av. Javier Prado Este en San Borja (...), que **se realice un operativo correspondiente para lograr la captura** de esta persona que refiere ser allegada al consejero, Dr. Chunga Chávez (...), haciendo presente que **el declarante se ha hecho presente en las oficinas del Ministerio Público desde las 19.00 horas en primer lugar ante la Fiscalía Anticorrupción, la misma que me fue derivada a esta Fiscalía refiriendo no es de su competencia**, ya que lo ideal hubiese sido hacer un operativo en el acto para lograr la captura del denunciado”. (el resaltado es nuestro).

13. No obstante ello, y luego de haber realizado algunas actuaciones simples, tales como la consulta en línea en las páginas web del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC), Colegio de Abogados de Lima (CAL) y Telefónica del Perú, a efectos de identificar a la persona denunciada, así como la declaración indagatoria de este (Wilber Nilo Medina Bárcena), la fiscal de la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, doña Nancy Vargas Cuba mediante resolución fiscal de fecha 27 de diciembre de 2004 (fojas 88), resolvió declarar *no ha lugar a formalizar denuncia penal* (**Ingreso N° 24-2004**), bajo los siguientes argumentos:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

“dicho denunciante no se ha presentado ante el Despacho de esta Fiscalía, a pesar de haber sido notificado en reiteradas ocasiones tanto a su domicilio consignado en su denuncia de parte, como el domicilio de residencia en la ciudad de Ica y mediante oficio cursado a través del Decanato Superior del Distrito Judicial de Ica, conforme se aprecia de los reiterados cargos de notificación y cargo del oficio cursado (...), **con la finalidad que el recurrente aporte mayores elementos que permitan inferir la comisión del evento incriminado**, así como proporcionar la identidad completa de presunto autor del ilícito que alude se cometió en su contra, ya que en autos solo se tiene la imputación inicial (...), **demostrando con su inconcurrencia poco interés en el esclarecimiento de los hechos denunciados**”.

“el denunciante interpone denuncia por delito de extorsión (...), advirtiéndose que en el caso sub-materia **existe una equivocada invocación del tipo penal denunciado, por cuanto no se ha establecido en ningún momento que el denunciante haya sido violentado, amenazado o en su defecto y haya sido mantenido como rehén, y a consecuencia de ello se le haya solicitado una ventaja económica (dinero) o de cualquier otra índole a favor del agente o de un tercero**”.

“el denunciante, no ha podido identificar plenamente a la persona que cometió el delito en su agravio, por otra parte, **en el proceso de ratificación llevado a cabo por el Consejo Nacional de la Magistratura fue ratificado en su cargo de Fiscal Superior sin haber desembolsado algún pago a favor del agente o de un tercero o haberse visto afectado en su patrimonio**, teniéndose en autos solo la imputación del denunciante sin documento, prueba o testimonio alguno que lo corrobore, puesto que **la sola sindicación sin encontrarse aparejada con un medio probatorio idóneo resulta insuficiente para formarnos convicción de la comisión del delito denunciado y por ende formalizar denuncia penal**” (el resaltado es nuestro).

Esta resolución fiscal fue impugnada mediante queja de derecho por don Rigoberto Parra Rodríguez (fojas 94), bajo los siguientes argumentos:

“(...) se solicitó a la Fiscal de Turno la **inmediata intervención mediante un operativo para intervenir al denunciado Wilber Medina quien estuvo esperando en su oficina (...)**, el supuesto interés de parte del suscrito para el esclarecimiento de los hechos (...), no existe, por cuanto, el suscrito ha tenido el mayor interés que éstos hechos se esclarezcan desde el primer día de la denuncia e incluso existe una declaración de ratificación de la misma ante la Fiscalía de Turno (...). Ahora bien (...), **refiere que el tipo penal denunciado (extorsión) no corresponde a los hechos denunciados; de ser así el Representante del Ministerio Público con las facultades que le otorga la Ley está en la obligación de adecuarlo al tipo penal que aparece del análisis que se ha realizado a la denuncia, lo cual, no lo ha hecho su despacho, incumpliendo los deberes fundamentales del titular de la acción penal, más aún tratándose de un delito perseguible de oficio**” (el resaltado es nuestro).

No obstante ello, dicha resolución fiscal fue confirmada por la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, a cargo del fiscal Pedro Miguel Angulo Arana, quien mediante resolución fiscal de fecha 22 de febrero de 2005 (fojas 105), entre otros fundamentos, señaló que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

“De la revisión de los actuados, se advierte que como cargo, **obra la sola sindicación del denunciante sin prueba alguna que corrobore la imputación del delito de extorsión**, efectuada al denunciado, ello a pesar de haberse realizado las reiteradas notificaciones que obran en los recaudos, **a efectos de que el denunciante se apersona a la Trigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima y brinde mayores elementos de prueba**, que ayuden a esclarecer los hechos materia de investigación (...), **el denunciante pasa por alto que para formalizar su denuncia el Fiscal debe presentar al Juez indicios suficientes o elementos de prueba reveladores de la existencia del delito y no se podría formalizar una denuncia, prometiendo que el denunciante, luego de que tal se formule y admita, recién las alcanzará; pues tal lógica, no pertenece a nuestro modelo procesal**” (el resaltado es nuestro).

14. Sobre la base de todo lo expuesto, considero que la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima no ha realizado una debida o adecuada investigación preliminar respecto de la *primera* denuncia penal de parte (**Ingreso N° 24-2004**), y ello no sólo porque no se realizó al momento de la denuncia penal el operativo correspondiente, imprescindible para esta clase de delitos, sino porque tampoco mostró interés en averiguar la producción de los hechos materia de denuncia al no haber interrogado de manera detallada y diligente sobre ellos al momento de recibirse la declaración indagatoria del denunciante Parra Rodríguez, y tampoco recabó los números de los teléfonos y/o celulares o solicitó el levantamiento del secreto de las comunicaciones de los involucrados, ni mucho menos se preocupó por la identificación de los “intermediarios” a que hace referencia el denunciante en su denuncia de parte, a efectos de que sean citados a la investigación; no obstante ello, la Fiscal Provincial Penal, Nancy Vargas Cuba, dispuso el archivo definitivo de la investigación en los términos antes señalados.

Así las cosas, pudiendo ser subsanada en su oportunidad las deficiencias anotadas, la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, a cargo del fiscal Pedro Miguel Angulo Arana, sin que existan mayores fundamentos y haciendo solo referencia a que no aparecen suficientes elementos que ameriten el accionar fiscal o que el denunciante Parra Rodríguez no concurrió a la ampliación de su declaración indagatoria, y sobre todo, sin contestar los argumentos formulados por el denunciante en su recurso de queja de derecho, confirmó dicho estado de cosas al declarar infundada la queja.

15. Asimismo, se advierte una falta de colaboración del ahora emplazado Rigoberto Basilio Parra Rodríguez en la investigación preliminar citada (**Ingreso N° 24-2004**) y es que, no obstante haber sido debidamente notificado en varias oportunidades, no se presentó a la Fiscalía Provincial Penal de Lima a fin de rendir la ampliación de su declaración indagatoria, y sobre todo, pese a tener en su poder elementos probatorios, como son la cintas magnetofónicas, no las proporcionó o incorporó en su oportunidad a la investigación, bajo el equivocado argumento de que “las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC

EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)

LIMA

WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

*pruebas las presentaré oportunamente*”(fojas 9), para recién hacerlo al momento de interponer su segunda denuncia penal de parte ante la Fiscalía Provincial Penal de Ica, dificultando con ello la acción de la justicia, más aún si el denunciante se desempeñaba también como Fiscal Superior Titular en el Distrito Judicial de Ica, situación que nos llama la atención.

16. Tal circunstancia, sin embargo, no puede reemplazar o, en todo caso, no puede eximir fundamentalmente a la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima de la obligación constitucional de *asumir*, desde el inicio, la conducción y/o dirección de la investigación preliminar del delito, la que, como no puede ser de otro modo, debe ser realizada con diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes. En ese sentido, considero pertinente remitir copias certificadas de los principales actuados a la Fiscalía Superior de Control Interno del Distrito Judicial de Lima, a la Fiscalía Suprema de Control Interno y a la Fiscalía Provincial Penal de Turno de Lima, a fin de que examinen y/o diluciden las consecuencias jurídicas de la actuación de la fiscal de la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, doña Nancy Vargas Cuba; del fiscal de la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, don Pedro Miguel Angulo Arana, así como del emplazado señor Rigoberto Basilio Parra Rodríguez, respectivamente.

17. Estando a lo anterior, estimo que la resolución fiscal de fecha 25 de febrero de 2008, emitida por la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Ica (fojas 174), que dispuso abrir investigación preliminar contra el accionante por la presunta comisión del delito de extorsión en el grado de tentativa y todo lo actuado sobre la base de ésta (**Ingreso N° 2008-078**), constituye una excepción a la prohibición de nueva investigación preliminar; de lo que se colige que no se ha producido la violación del principio constitucional de *ne bis in idem* a nivel de la investigación preliminar del delito, por lo que, en este extremo, soy de la opinión que la demanda debe ser declarada infundada.

Por estas razones, mi voto es por:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que se solicita la *nulidad* de la denuncia penal de parte formulada por don Rigoberto Basilio Parra Rodríguez en contra del accionante, así como en el extremo que se cuestiona la violación del principio de *ubicuidad*.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que se solicita la *nulidad* de la nueva investigación preliminar por el delito de extorsión en el grado de tentativa, así como todo lo actuado sobre la base de ésta (**Ingreso N° 2008-078**), al no haberse producido la violación del principio constitucional de *ne bis in idem*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



205  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS  
OTDA  
203



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC  
EXP. N.º 02527-2009-PHC/TC (ACUMULADO)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BÁRCENA

3. Disponer la remisión de copias certificadas de los principales actuados a la Fiscalía Suprema de Control Interno y a la Fiscalía Superior de Control Interno del Distrito Judicial de Lima, a fin de que examinen y/o diluciden las consecuencias jurídicas de la actuación del fiscal de la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, Pedro Miguel Angulo Arana, y de la fiscal de la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, Nancy Vargas Cuba, respectivamente.
4. Disponer la remisión de copias certificadas de los principales actuados a la Fiscalía Provincial Penal de Turno de Lima, a fin de que examine y/o dilucide las consecuencias jurídicas de la actuación del emplazado Rigoberto Basilio Parra Rodríguez.

Sr.

URVIOLA HANI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALÁMORA CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02110-2009-PHC/TC Y EXP. N.º  
02527-2009-PHC/TC (ACUMULADOS)  
LIMA  
WILBER NILO MEDINA BARCENA

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Conuerdo con la totalidad de los fundamentos y del fallo suscrito por mis colegas Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero estimo necesario efectuar las siguientes precisiones:

1. No es cierto que el contenido normativo del artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, el RNTC) sea contrario al artículo 5º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, la LOTC), ya que no modifica el quórum de votación para resolver una demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, sino que integra el vacío normativo de la LOTC en lo referente a cómo se resuelve un proceso cuando existe empate en la votación.

Por esta razón, no puede considerarse que la regulación contenida en el artículo 10-A del RNTC sea *contra legem* (contraria a la ley), sino que es *praeter legem* (regula una materia no regulada por la ley).

2. El artículo 139.8 de la Constitución reconoce que los jueces tienen el deber constitucional de impartir justicia en todos los casos que se le presenten, en tanto establece como garantía del debido proceso “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”. Y en el mismo sentido el artículo 5º de la LOTC prescribe que “En ningún caso el Tribunal Constitucional deja de resolver”.

El Tribunal como todo órgano constitucional no solo tiene autonomía administrativa y económica, sino también normativa, lo que lo faculta a regular los asuntos de su competencia, como son los procesos constitucionales, cuando existen vacíos, deficiencias o lagunas en el Código Procesal Constitucional o la LOTC. Es correcto que mediante el artículo 10-A del RNTC se haya solucionado el empate entre los votos de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Además, el artículo 10-A del RNTC tiene un valor agregado, en la medida que como toda norma escrita otorga mayor seguridad jurídica que la decisión jurisprudencial, aunque es indudable que ambas en el ámbito de la justicia constitucional tienen el mismo valor normativo (Exps. N.º 0024-2003-AI/TC y 0047-2004-AI/TC).

3. Lamento tener que disentir con mis colegas Beaumont Callirgos y Calle Hayen sobre la concepción que exponen sobre la autonomía normativa del Tribunal Constitucional, pues su pensamiento se contradice con lo dicho en consolidada y uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional suscrita por ellos mismos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



En la RTC 0020-2005-PI/TC se precisó que “El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales”. En dicha resolución se plantearon en forma enunciativa los temas que podían ser regulados por la autonomía normativa del Tribunal Constitucional, al haberse señalado que “El espectro es bastante amplio, por ejemplo respecto a plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones y demás situaciones que, no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su *praxis* jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto”.

Es sobre la base de dicha jurisprudencia del Tribunal Constitucional que mis colegas en reiteradas ocasiones han creado figuras e instituciones procesales no previstas en el Código Procesal Constitucional, ni en la LOTC, llegando incluso al exceso de haber mutado la Constitución. Como ejemplo de ello puede citar:

- El recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional creado mediante la Resolución recaída en el Exp. N.º 00168-2007-Q/TC. En aquella ocasión se utilizó la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para “realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional” que significó ampliar los alcances del artículo 202º de la Constitución.

Más aún tal situación supuso una clara y manifiesta violación del artículo 18º del Código Procesal Constitucional, cuyo texto prevé que “Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional”. Sin embargo, en aquel caso mi colega Beaumont Callirgos consideró que utilizar la autonomía normativa del Tribunal Constitucional no contravenía ninguna norma, sea esta legal o constitucional.

- Otro caso fue el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Poder Judicial creado mediante la Resolución recaída en el Exp. N.º 00201-2007-Q/TC. En esta oportunidad se utilizó la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para realizar, por segunda vez, un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional. Se consideró que “de manera excepcional



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



puede aceptarse la procedencia del RAC cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales (...) para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial”, pese a que la Constitución y la ley no lo permiten.

Dicha resolución también fue suscrita por mi colega Beaumont Callirgos a pesar de que el artículo 18° del Código Procesal Constitucional precisa los supuestos de procedencia del recurso de agravio constitucional y el artículo 202° de la Constitución prescribe cuales son las competencias del Tribunal Constitucional.

- También tenemos, el recurso de agravio constitucional a favor del precedente vinculante creado mediante la Sentencia recaída en el Exp. N.º 04853-2004-PA/TC. Nuevamente, el Tribunal utilizó su autonomía normativa para redimensionar el recurso de agravio constitucional y con ello mutar la Constitución, haciéndole decir algo que ella no dijo. ¿Qué significó? Darle al Tribunal Constitucional una competencia que el Constituyente nunca le asignó.

Si bien la STC 04853-2004-PA/TC no fue suscrita por mi colega Beaumont Callirgos, la mutación constitucional que ésta impuso sí fue defendida por él en la STC 03908-2007-PA/TC. Es decir, mi colega Beaumont Callirgos, aun cuando no existía laguna normativa desarrolló legislación positiva, vía jurisprudencial, extendiendo la voluntad del Constituyente bajo el argumento de que el Tribunal Constitucional tiene autonomía normativa, no obstante que el texto del inciso 2) del artículo 202° de la Constitución no es abierto, ni vago e impreciso ni utiliza conceptos jurídicamente indeterminados (“*Corresponde al Tribunal Constitucional: (...) Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento*”). Son ilustrativos de tal parecer los votos de mi colega Beaumont Callirgos en los siguientes Exps N.ºs 01778-2008-PA/TC, 05487-2008-PA/TC, 02298-2008-PA/TC, 05908-2008-PA/TC, 04589-2009-PA/TC, 01630-2010-PA/TC y 03557-2010-PA/TC.

- Asimismo, la figura del partícipe en el proceso de inconstitucionalidad creado mediante la RTC N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (Acumulados). Al respecto, en la RTC 0006-2009-PI/TC el Tribunal Constitucional reconoce que “**a partir del principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional ha incorporado la figura del partícipe constitucional** [fundamento 23 de la STC N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC], el mismo que se incorpora al proceso, sin ser actor, en atención a las funciones que la Constitución les confiere y su funcionalidad en el proceso es la de aportar una tesis interpretativa que enriquezca los puntos de vista que el Tribunal deberá evaluar”.

Dicha figura procesal no se encuentra prevista en el Código Procesal Constitucional; sin embargo, en este caso mis colegas Beaumont Callirgos y Calle



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



209

Hayen nunca han cuestionado que se haya utilizado la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para crearla.

4. En cuanto al cuestionamiento de la aplicación inmediata del artículo 10-A del RNTC, me corresponde recordarles a mis colegas Beaumont Callirgos y Calle Hayen que el artículo 103° de la Constitución dice claramente: “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo”. En sentido similar, la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional dispone que “Las normas procesales (...) son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite”.

Esta orden de aplicación inmediata del artículo 10-A del RNTC no sólo deriva del artículo 103° de la Constitución, sino que también es práctica del Tribunal Constitucional, pues a diferentes casos en trámite se les aplicó los precedentes vinculantes de las SSTC 01417-2005-PA/TC, 00206-2005-PA/TC, 00168-2005-PC/TC y 03052-2009-PA/TC, es decir, que no se respetó la regla de seguridad jurídica que pregonan mis colegas Beaumont Callirgos y Calle Hayen, ya que ellos en muchos casos han permitido la aplicación inmediata de las reglas de los precedentes vinculantes mencionados.

A mayor abundamiento, quien conoce a profundidad la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede afirmar sin miedo a equivocarse que han sido más de 5000 las causas en las que el Tribunal aplicó su autonomía normativa y, que muchas de estas veces, mis colegas Beaumont Callirgos y Calle Hayen, las han suscrito, incluso a expedientes en trámite. Una muestra de ello es la Resolución del Exp. N.º 01734-2008-PC/TC.

5. Finalmente, considero pertinente precisar que no se puede equiparar el sentido de un fallo que declara infundada la demanda, con uno que se decanta por la improcedencia, ya que el primero se produce cuando no se prueban los hechos que sustentan la pretensión o cuando al demandante no le asiste el derecho; mientras que la improcedencia se origina porque no concurren las condiciones de la acción o los presupuestos procesales. Es decir, la sentencia que declara infundada la demanda se pronuncia sobre el fondo, otorgándole la razón a alguna de las partes del proceso, mientras que la que declara improcedente la demanda se pronuncia por la forma y no por la pretensión. La improcedencia no otorga ni niega la pretensión; simplemente es una declaración en el sentido de que el juez está imposibilitado de emitir pronunciamiento de fondo. No es aritmética, sino algebra.

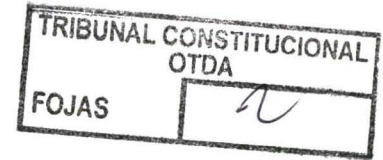
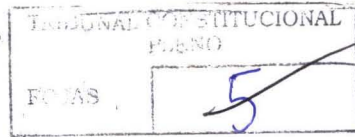
Sr.  
**MESÍA RAMÍREZ**

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS  
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC  
LA LIBERTAD  
JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Adalberto Vásquez Paulo contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 172, su fecha 28 de marzo de 2012, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

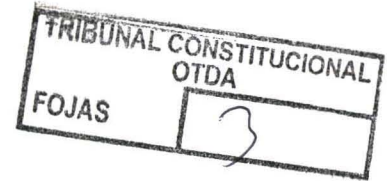
Con fecha 2 de octubre de 2009 don Jorge Adalberto Vásquez Paulo interpone demanda de amparo contra la Fiscal Suprema de la Fiscalía Suprema en lo Civil, doña Gladys Margot Echaíz Ramos, con el objeto de que se deje sin efecto la resolución N.º 080-2008-MP/FN de fecha 21 de enero de 2008, que declara fundada la denuncia en su contra por el presunto delito de cohecho pasivo de magistrado en agravio del Estado, alegando la violación del derecho al debido proceso, concretamente del principio de *ne bis in ídem* y del derecho de defensa.

Refiere que mediante resolución N.º 1122-2004, de fecha 10 de agosto de 2004, la Fiscal de la Nación declaró infundada la denuncia interpuesta en su contra por Víctor Armando Huaranca Medina por el presunto delito de cohecho pasivo de magistrado y otros (Ingreso N.º 516-2002) por supuestamente haber recibido dinero en su condición de Fiscal Provincial de parte de los funcionarios del Banco República para decidir de manera favorable a sus intereses en el proceso penal de usurpación agravada, en agravio del Complejo Industrial Naval Hierro Mar. A tal afecto, agrega que en esta resolución se señaló de manera expresa que las pruebas aportadas no vinculan a los denunciados con los hechos delictivos imputados, y que incluso al haber sido impugnada mediante recurso de reconsideración se declaró infundado dicho recurso, adquiriendo la calidad de cosa decidida.

No obstante lo anterior, señala que ante la remisión de copias certificadas por la Sala Penal de la Corte Suprema se dispuso abrir nueva investigación preliminar en su contra por los mismos hechos, el mismo tipo penal y con las mismas pruebas, investigación en la que, luego del informe final de la Fiscalía Suprema de Control Interno, la Fiscal emplazada a través de la resolución N.º 080-2008-MP/FN, de fecha 21 de enero de 2008, ha dispuesto declarar fundada la denuncia en su contra por el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC

LA LIBERTAD

JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

presunto delito de cohecho pasivo de magistrado, disponiendo además que se formalice la acción penal correspondiente (Ingreso N.º 29-2004), lo cual vulnera el principio de *ne bis in ídem*. Por último, arguye que pese a haber sido impugnada esta resolución mediante recurso de reconsideración, no se le ha notificado con la decisión adoptada, pues recién tomó conocimiento de su existencia al rendir su declaración indagatoria en la investigación N.º 178-2009, lo cual vulnera el derecho de defensa.

El Segundo Juzgado Civil de Trujillo, con fecha 17 de octubre de 2011, declara improcedente de plano la demanda por considerar que el amparo tiene una naturaleza excepcional y residual, por lo que en el presente caso el amparo no constituye la vía adecuada para la protección de los derechos constitucionales invocados.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con fecha 28 de marzo de 2012, confirma la apelada por considerar que existen otras vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección de los derechos invocados. A juicio de la Sala Superior, el actor pudo acudir a la vía contencioso administrativa para solicitar la nulidad de los actos administrativos sancionadores que considera lesivos.

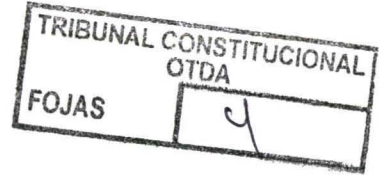
## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. La presente demanda tiene por objeto que se deje sin efecto la resolución N.º 080-2008-MP/FN emitida por la Fiscal de la Fiscalía Suprema en lo Civil, de fecha 21 de enero de 2008, que declara fundada la denuncia contra el actor por el presunto delito de cohecho pasivo de magistrado en agravio del Estado, toda vez que, según refiere el demandante, desconoce una investigación fiscal anterior con calidad de cosa decidida seguida por los mismos hechos, el mismo tipo penal y con las mismas pruebas, y además que la última decisión no le ha sido notificada, lo cual vulneraría el principio de *ne bis in ídem* y el derecho de defensa.
2. Como se ha dejado anotado en primera y en segunda instancia se ha rechazado de plano la demanda; en el caso del Segundo Juzgado Civil de Trujillo por considerar que el amparo no constituye la vía adecuada para la protección del principio de *ne bis in ídem* y del derecho de defensa, y en el caso de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad por considerar que existen otras vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección de los derechos invocados. Evidentemente, este Tribunal no comparte la declaración de improcedencia *liminar* ordenada por las instancias precedentes, toda vez que el actor ha alegado que se le ha iniciado una nueva investigación preliminar por los mismos hechos, el mismo tipo penal y con las mismas pruebas pese a que existe una decisión anterior que tiene la calidad de cosa decidida que compromete al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC

LA LIBERTAD

JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

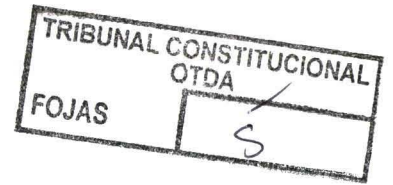
principio de *ne bis in idem*; y además que no se le ha notificado la última decisión lo que comprometería al derecho de defensa, por lo que tales hechos son susceptibles de revisión mediante el proceso constitucional del amparo. Con lo dicho, debería declararse fundado el recurso de agravio constitucional interpuesto y, revocando la resolución recurrida, ordenar que el juez de la causa proceda a admitir a trámite la demanda. Sin embargo, teniendo en consideración que se cuenta con los suficientes elementos de juicio que permiten dilucidar la presente controversia constitucional, en aplicación del artículo 47º, *in fine*, del Código Procesal Constitucional y de los principios de economía y celeridad procesal, este Tribunal emitirá pronunciamiento de fondo.

### La obligación constitucional del Ministerio Público y el control de sus actuaciones y/decisiones a través del proceso de amparo

3. El artículo 159º de la Constitución señala entre otras cosas que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. El contenido normativo de esta disposición en el marco del Estado constitucional alude a la existencia de una verdadera obligación constitucional de los representantes del Ministerio Público de asumir desde el inicio la conducción y/o dirección de la investigación del delito así como si corresponde la de ejercitar la acción penal pública de oficio o a petición de parte. Esta exigencia constitucional debe ser realizada, como es evidente, con la debida diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes. En efecto, siendo el Ministerio Público el que por mandato constitucional posee el señorío de la investigación, le corresponde practicar o hacer practicar todas las diligencias y actuaciones que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos delictivos, es decir, le corresponde reunir y examinar los elementos de juicio que revelen la existencia del delito y la vinculación de los imputados con los hechos delictivos, y esta actividad termina cuando la causa está tan aclarada que el fiscal puede decidir si debe o no formalizar la denuncia o la investigación preparatoria. Lo aquí señalado permite además cumplir con la disposición constitucional que exige la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos y de la sociedad (artículo 44º de la Constitución).
4. Sin embargo, el Ministerio Público no goza de discrecionalidad absoluta o ilimitada en el cumplimiento de su obligación constitucional, sino que le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos (expresos e implícitos) contenidos en la Constitución. Es decir, a los representantes del Ministerio Público también les es exigible que en sus actuaciones y/o decisiones observen atentamente el contenido de los derechos y principios constitucionales. Esta obligación de respetar y observar los derechos y principios constitucionales por parte de todos los poderes públicos (que incluye al Ministerio Público) y también los poderes privados se trata, como ya ha señalado este Tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC  
LA LIBERTAD  
JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

Constitucional, de

“una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto éstos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares” (Exp. N.º 5228-2006-PHC/TC, fundamento 4).

En esta línea argumentativa es perfectamente posible que el Tribunal Constitucional pueda ejercer un razonable control estrictamente constitucional mas no funcional de su actividad, y por tanto, pueda analizar si las actuaciones y/o decisiones de los fiscales respetan o no los derechos y principios constitucionales, o en definitiva, si superan o no el nivel de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión debe suponer.

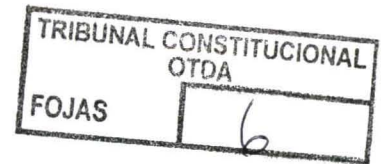
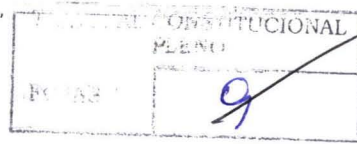
#### El principio constitucional de *ne bis in ídem* y sus excepciones

5. Este Tribunal Constitucional ha destacado en reiterada y constante jurisprudencia que el principio *ne bis in ídem* se encuentra implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el inciso 2, del artículo 139º de la Constitución Política, y tiene una doble dimensión: una versión sustantiva y una connotación procesal. A juicio de este Tribunal este principio en su *vertiente material* garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por un mismo hecho, pues guarda conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad; y en su *vertiente procesal* garantiza el no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho. Para saber si estamos o no ante la presencia del principio de *ne bis in ídem* se ha dicho hay que verificar en ambos casos la concurrencia de tres presupuestos:

- i) Identidad de la persona perseguida (*eadem persona*), lo que significa que la persona física o jurídica a la cual se le persigue tenga que ser necesariamente la misma.
- ii) Identidad del objeto de persecución (*eadem res*), que se refiere a la estricta identidad entre los hechos que sirvieron de fundamento para el inicio tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento; es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC

LA LIBERTAD

JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

iii) Identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*), lo que significa que el fundamento jurídico que sirve de respaldo a la persecución tenga que ser el mismo tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento.

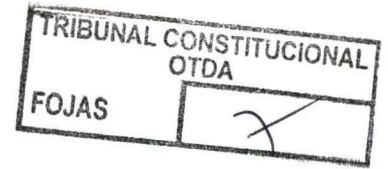
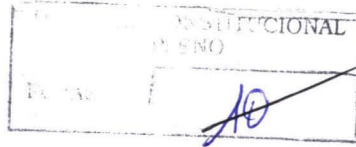
6. Sin embargo, al igual que cualquier derecho y principio constitucional, el principio de *ne bis in idem* tampoco es un principio absoluto o ilimitado, pues es susceptible de ser limitado en su ejercicio, sin que ello suponga que las eventuales restricciones queden libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad. A estos efectos, este Tribunal Constitucional ha precisado en reiterada jurisprudencia que la legitimidad de tales restricciones radica en que deben ser dispuestas con criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido es posible señalar que el principio de *ne bis in idem* tiene cuando menos dos restricciones que superan los niveles de razonabilidad y proporcionalidad y que actúan a modo de excepciones:

i) *Cuando existan elementos probatorios nuevos no conocidos con anterioridad por la autoridad.* Esta restricción encuentra su justificación en la imposibilidad de conocer los medios probatorios relevantes para la adopción de la primera decisión, que de haberse conocido pudo haber generado la variación del sentido de esa decisión. De este modo, una segunda investigación, proceso o procedimiento sólo puede estar justificada si existen elementos probatorios nuevos no conocidos con anterioridad por la autoridad y que hagan posible o que revelen la necesidad de una nueva investigación de la conducta ilícita. Por tanto, la nueva investigación, proceso o procedimiento no puede estar sustentada en los mismos elementos de prueba que dieron lugar a la primera decisión y que tiene la calidad de cosa juzgada o cosa decidida. De modo similar, este Tribunal Constitucional ya ha señalado que una segunda investigación o un segundo proceso sólo sería posible “*si el motivo de archivamiento fiscal de una denuncia, se decidiese por déficit o falta de elementos de prueba, por cuanto la existencia de nuevos elementos probatorios, no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar, siempre que los mismos revelen la necesidad de una investigación del hecho punible y el delito no haya prescrito*” (Exp. N.º 2725-2008-PA/TC, fundamento 19).

ii) *Cuando se aprecia de manera objetiva que la primera investigación, proceso o procedimiento ha sido deficientemente realizado.* Esta restricción encuentra su justificación en la necesidad de que la primera decisión sea obtenida en el marco de una investigación, proceso o procedimiento jurídicamente válido. Es decir, corresponde verificar de manera objetiva si la primera investigación, proceso o procedimiento ha sido realizado observando los derechos y principios constitucionales, los procedimientos establecidos y las diligencias y actuaciones necesarias y relevantes para el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC

LA LIBERTAD

JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

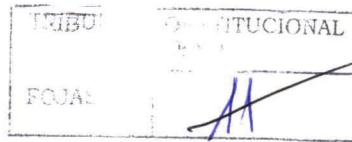
esclarecimiento de la conducta ilícita, a fin de que la decisión definida y definitiva válidamente produzca la calidad de cosa juzgada o cosa decidida. Por tanto, una primera decisión obtenida en el marco de una investigación, proceso o procedimiento objetiva y razonablemente deficiente queda claro que no puede ser considerado como jurídicamente válido. En sentido similar, este Tribunal ha señalado que el contenido constitucionalmente protegido por este principio *“no opera por el sólo hecho de que se le oponga la existencia fáctica de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido”* (Exp. N.º 4587-2004-HC/TC, fundamento 74). Del mismo modo, ha señalado que *“(…) el nuevo proceso penal (…) ha sido instaurado (…) sobre la base de medios probatorios que de manera injustificada no fueron actuados en el proceso anterior (…) , por lo que, la decisión emitida en el anterior proceso penal no puede ser considerada jurídicamente válida”* (Exp. N.º 6071-2008-PHC/TC, fundamento 15).

7. Sobre la base de lo anterior no se puede afirmar que la sola existencia de una nueva investigación, proceso o procedimiento contra una persona por los mismos hechos y por el mismo fundamento jurídico implica la afectación al principio de *ne bis in idem*, pues bien entendidas las cosas, el análisis de la eventual vulneración de este principio exige verificar y en este orden, lo siguiente:

- i) La existencia de una primera decisión con calidad de cosa juzgada o cosa decidida. Debe existir una primera investigación, proceso o procedimiento o, una sanción o condena impuesta cuya decisión tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida. Adicionalmente, debe existir una segunda investigación, proceso o procedimiento o una segunda sanción o condena. No se exige que la decisión de la segunda investigación, proceso o procedimiento, si lo hubiere, tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida. En términos similares, este Tribunal Constitucional ha señalado que en este tipo de casos *“debe verificarse si uno de los dos procesos ya concluyó con una decisión jurisdiccional definitiva (…) que tenga la calidad de cosa juzgada”* (Exp. N.º 6071-2008-PHC/TC, fundamento 12). La existencia de dos o más investigaciones, procesos o procedimientos en trámite o paralelos es una cuestión de competencia de la autoridad que no se encuentra protegida por el contenido constitucionalmente protegido por el principio de *ne bis in idem*.
- ii) La existencia de una segunda investigación, proceso o procedimiento, o una segunda sanción o condena impuesta contra la misma persona, por los mismos hechos y por el mismo fundamento jurídico; y,
- iii) la existencia de alguna de las excepciones señaladas y que están referidas a la existencia de nuevos elementos probatorios no conocidos por la autoridad y a la existencia de una primera investigación o un primer proceso o procedimiento deficientemente realizado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC

LA LIBERTAD

JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

### Análisis del caso materia de controversia constitucional

8. En el caso constitucional de autos la discusión central se ha planteado esencialmente respecto de la legitimidad constitucional de la resolución N.º 080-2008-MP/FN, de fecha 21 de enero de 2008, que declara fundada la denuncia contra el actor por el presunto delito de cohecho pasivo de magistrado, pese a que, según refiere el actor, existe una investigación fiscal anterior con calidad de cosa decidida seguida en su contra por los mismos hechos, el mismo tipo penal y con las mismas pruebas. Al respecto, este Tribunal Constitucional advierte que:

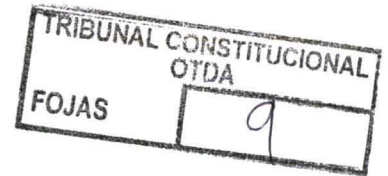
- i) Existe una resolución N.º 1122-2004, de fecha 10 de agosto de 2004, mediante la que se declara infundada la denuncia interpuesta contra el actor por el presunto delito de cohecho pasivo de magistrado y otros (fojas 9). Esta resolución ha sido emitida en última instancia, por lo que tiene la calidad de cosa decidida. De otro lado, existe una segunda investigación cuya constitucionalidad aquí se cuestiona en la que —esta vez— se ha declarado fundada la denuncia contra el actor por el presunto delito de cohecho pasivo de magistrado (fojas 23).
- ii) La primera y la segunda investigación preliminar ha sido instaurada contra la misma persona: el actor Jorge Adalberto Vásquez Paulo.
- iii) Los hechos que sirvieron de fundamento para el inicio tanto de la primera como de la segunda investigación preliminar consisten en que supuestamente el actor ha recibido dinero en su condición de Fiscal de parte de los funcionarios del Banco República para decidir de manera favorable a sus intereses en el proceso penal por usurpación agravada, en agravio del Complejo Industrial Naval Hierro Mar.
- iv) El fundamento jurídico sobre el que se pronunció la resolución N.º 1122-2004, de fecha 10 de agosto de 2004, en la que se declara infundada la denuncia contra el actor es el mismo en el que se basa la resolución N.º 080-2008-MP/FN, de fecha 21 de enero de 2008, que declara fundada la denuncia en su contra por el referido delito: el correcto funcionamiento de la administración pública, bien jurídico protegido también por los delitos de corrupción de funcionarios.

9. En el contexto hasta aquí descrito, ha quedado verificada la concurrencia de todos los presupuestos del principio de *ne bis in idem*, por lo que correspondería estimarse la demanda; sin embargo, a la luz de las consideraciones antes expuestas este Tribunal advierte que el caso se encuentra bajo los alcances de la excepción referida a la existencia de nuevos elementos probatorios; y ello porque:

- i) En la primera investigación preliminar, de la resolución N.º 1122-2004, de fecha 10 de agosto de 2004 (que tiene la calidad de cosa decidida), se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC

LA LIBERTAD

JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

aprecia que la Fiscal de la Nación, doña Nelly Calderón Navarro, arribó a la conclusión de que no existían indicios suficientes de la comisión del delito de cohecho pasivo de magistrado porque los medios de prueba reunidos y examinados no revelaron que el dinero haya sido entregado a los magistrados denunciados, entre ellos al ahora demandante.

- ii) Sin embargo, en la segunda investigación preliminar, del Informe N.º 26-2006-MP, de fecha 28 de noviembre de 2006 (fojas 17), y de la resolución N.º 080-2008-MP/FN, de fecha 21 de enero de 2008 (fojas 23), que fue emitida sobre la base de dicho informe, se aprecia que en virtud de los elementos probatorios nuevos tales como la declaración instructiva de Jaime Espinoza Huamán (Exp. N.º 418-2002), la declaración testimonial de Jaime Espinoza Huamán (Exp. N.º 26.01-A-V), la carta suscrita por Germán Larrieu Bellido de fecha 19 de marzo de 1997 y el memorándum de fecha 24 de marzo de 1997, la fiscal emplazada ha llegado a la conclusión de que existen indicios suficientes de la comisión del delito de cohecho pasivo de magistrado por parte del actor, declarando fundada la denuncia en su contra por dicho delito.

A estos efectos, este Tribunal Constitucional no encuentra razones para discrepar de la línea argumentativa fijada por la representante del Ministerio Público en el sentido de que, en virtud de nuevos elementos probatorios, corresponde investigar al actor por los mismos hechos y el mismo tipo penal, actuación que como se ha dicho se trata de una intromisión legítima al principio de *ne bis in idem*, por lo que la demanda en este extremo debe ser desestimada.

#### Sobre la afectación del derecho de defensa

10. Con respecto del derecho de defensa este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado que este derecho tiene una doble dimensión: una *material*, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra *formal*, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. Sin embargo, también tiene dicho que no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios para la defensa produce un estado de indefensión reprochada por el contenido constitucionalmente protegido del derecho. Ésta será constitucionalmente relevante cuando aquella indefensión se genera en una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Y esto se produce sólo en aquellos supuestos en que el justiciable se ve impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos, con el consiguiente perjuicio para tales derechos o intereses.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS 13

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
OTDA  
FOJAS 10



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC  
LA LIBERTAD  
JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

11. En el caso constitucional de autos, el actor alega que no fue notificado de la decisión que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución N.º 080-2008-MP/FN, que dispuso declarar fundada la denuncia en su contra por el presunto delito de cohecho pasivo de magistrado, lo que le impidió ejercer su derecho de defensa ante las instancias judiciales correspondientes, pues según refiere recién tomó conocimiento de ella al rendir su declaración indagatoria en la investigación N.º 178-2009. Al respecto, este Tribunal considera que el actor, una vez conocida la decisión que resolvía su recurso de reconsideración, estaba en la posibilidad de ejercer válidamente su derecho de defensa, toda vez que las resoluciones en línea de principio sólo producen efectos en virtud de su notificación hecha con arreglo a ley, no habiéndose acreditado la violación del derecho de defensa, por lo que la demanda en este extremo también debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda en todos los extremos, al no haberse acreditado la violación del principio de *ne bis in idem* y el derecho de defensa.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI**

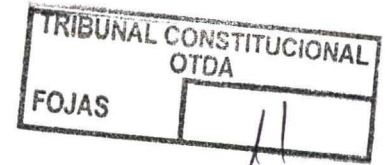
**CALLE HAYEN  
ETO CRUZ  
ÁLVAREZ MIRANDA**

**Lo que certifico:**

OSCAR DÍAZ MUÑOZ  
SECRETARIO RELATOR  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC  
LA LIBERTAD  
JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

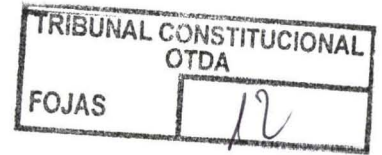
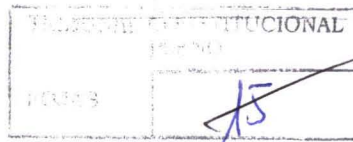
### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular bajo las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso el recurrente interpone demanda de amparo contra la Fiscal Suprema de la Fiscalía Suprema en lo Civil, doña Gladys Margot Echaiz Ramos, con el objeto de que se deje sin efecto la Resolución N° 080-2008-MP/FN de fecha 21 de enero de 2008, que declara fundada la denuncia en su contra por la comisión del presunto delito de cohecho pasivo de magistrado, considerando que con ello se le está afectando sus derechos al debido proceso, concretamente el principio de *ne bis in idem* y del derecho de defensa.
2. El Segundo Juzgado Civil de Trujillo declaró el rechazo liminar de la demanda por considerar que el amparo tiene una naturaleza excepcional y residual, por lo que en el presente caso el amparo no constituye la vía adecuada para la protección de los derechos constitucionales invocados. La Sala Superior revisora confirma la apelada por considerar que existen vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho invocado, en este caso el proceso contencioso administrativo.
3. Debo manifestar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de sólo referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazo liminar.
4. Debo señalar que el artículo 47° del Código Procesal Constitucional en su último párrafo precisa ciertamente que “si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto”. Este mandato tiene un sustento en la más elemental lógica: el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
5. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC  
LA LIBERTAD  
JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

6. No está de más recordar que la parte en análisis del recurrido artículo 47º del Código Procesal Constitucional es copia de lo que al respecto prescribe el artículo 427º del Código Procesal Civil en su último párrafo al decir: “La resolución superior que resuelve en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes”. Y la resolución del superior que, en definitiva, decide sobre la improcedencia, no puede ser o no es sino la confirmatoria o la revocatoria del auto objeto de la alzada, desde luego.
7. Que en atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente cuando se trate de casos que amerite un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho se podría ingresar al fondo del asunto.
8. Considero pertinente la ocasión para manifestar mi opinión respecto a expresiones emitidas por mis colegas en otros casos, puesto que he observado que el sustento para justificar el ingreso al fondo de la controversia –pese al rechazo liminar de la demanda– es el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. ¿Qué nos dice el citado artículo? Este artículo nos refiere que:

*“Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.*

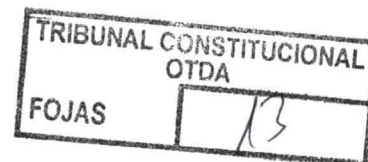
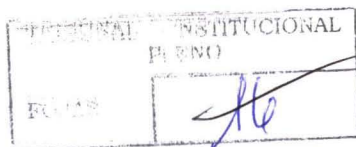
*El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.*

*Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.* (Subrayado agregado).

9. Respecto a ello es pertinente señalar que la expresión del articulado que refiere que se *deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales* no justifica de ninguna manera el ingreso al fondo, puesto que la defensa del demandado no puede asumirse de modo alguno como una formalidad. Digo esto por qué? El proceso ha sido concebido como aquella vía a la cual pueden recurrir las partes a efectos de que se resuelva una controversia suscitada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



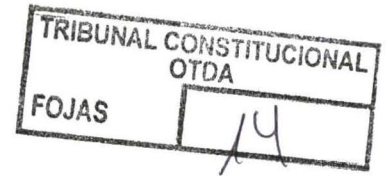
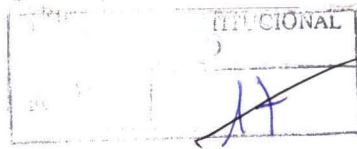
EXP. N.º 02493-2012-PA/TC  
LA LIBERTAD  
JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

en la sociedad. Tal participación de ambas partes requiere de la admisión de la pretensión por parte del juzgador a efectos de que admitida la demanda se notifique al presunto agresor a efectos de vincularlo no solo al proceso sino a la decisión. Ya con la participación de ambas partes, éstas se someten al proceso, pero no solo se someten a las reglas del proceso sino que se someten a la determinación final del juzgador. Es decir la presencia de ambas partes no solo implica que el juez tenga la obligación de resolver conforme a la Constitución y las leyes la controversia sino que las partes respeten su decisión. He ahí donde encuentra legitimidad la decisión del juzgador, puesto que no puede concebirse una decisión emitida en un proceso judicial, cuando no será respetada ni cumplida por alguna de las partes. Por ello considero que la exigencia de la participación de ambas partes en un proceso se encuentra vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no puede exigirse el cumplimiento de una decisión arribada en un proceso judicial a una persona que no ha tenido participación en el citado proceso, lo que implica que tal decisión es ineficaz, ya que no generara consecuencias respecto de quien no participó.

10. Los procesos constitucionales tienen una especial importancia, puesto que su finalidad es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y el respeto por la Constitución del Estado, teniendo por ello que determinarse al presunto agresor de un derecho fundamental. Por ende, por tal relevancia, es que afirmo que con mayor razón no puede soslayarse la intervención de la persona a la que se le acusa de la violación de un derecho fundamental, puesto que la determinación a la que arribe este Colegiado necesariamente va exigir determinada acción de dicho emplazado. Pero ¿Cómo puede exigirse la realización de un acto o el cese del mismo si no ha participado en el proceso?, es decir ¿cómo puede exigirse el cumplimiento de una decisión que no es legítima para ambas partes? La respuesta es obvia, no puede exigirse el cumplimiento de una decisión en la que una de las partes desconoce totalmente la pretensión, no teniendo legitimidad ni vinculación alguna para la persona que no participó. Claro está existen casos en los que es evidente que el presunto demandado –si bien no ha sido emplazado con la demanda– conoce del conflicto, como por ejemplo casos en los que la discusión se ha visto administrativamente, en los que, considero, que el Tribunal puede ingresar al fondo, pero solo si se verifica una situación especial en la que se advierta que la dilación del proceso convierta la afectación en irreparable.
11. Es precisamente por ello que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha permitido la omisión de algunas “formalidades” para lograr el objeto del proceso constitucional, pero no puede considerarse que la defensa del presunto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



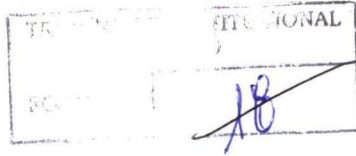
EXP. N.º 02493-2012-PA/TC  
LA LIBERTAD  
JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

emplazado es una formalidad sino una exigencia que legitima el propio proceso. Por ello considero que tal afirmación no solo es impropia sino también quebranta el proceso en el cual se pretende la defensa de los derechos constitucionales, lo que puede interpretarse que por la defensa de un derecho fundamental puede afectarse otro, lo que es incorrecto.

12. Asimismo si se observa con atención el artículo III del Título Preliminar del referido código, se puede apreciar que cuando expresa a que “(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, parte de la premisa de que existe un proceso abierto, en el que se puede ser flexibles con algunos actos procesales, denominados así precisamente porque ha existido admisión a trámite de la pretensión y por ende emplazamiento, razón por la que dicho argumento no puede ser utilizado erróneamente para justificar la emisión de una sentencia cuando el objeto del recurso es el cuestionamiento de un auto de rechazo liminar. De asumir dicha posición implicaría aceptar que a este Colegiado le es indiferente si la pretensión ha sido admitida a trámite o no, puesto que con proceso o sin él, siempre se encontrará en la facultad de emitir un pronunciamiento de fondo, rompiendo toda racionalidad del proceso, convirtiendo al proceso constitucional en aquel proceso sin garantías, en el que se afectan los derechos del que debiera ser emplazado. Con esto advierto que bajo esa lógica el Tribunal podría incluso resolver una demanda de amparo en instancia única, puesto que al ser indiferente para este Colegiado la existencia del proceso, no sería exigible la admisión a trámite la demanda y por ende la participación del demandado, por lo que podría resolver directamente la pretensión planteada.
13. En el presente caso el actor cuestiona el hecho de que habiéndose declarado en primera oportunidad infundada una denuncia en su contra, posteriormente, por el mismo delito y los mismos hechos, se determine declarar fundada la denuncia en su contra, afectándose así el principio del *ne bis in idem*. Por ende al ser dicho derecho parte del derecho al debido proceso, encontramos que lo denunciado por el actor tiene relevancia constitucional que merece un análisis de fondo por parte de este Colegiado, razón por la que considero que las instancias precedentes han incurrido en un error al juzgar, correspondiendo la revocatoria del auto de rechazo liminar y en consecuencia la admisión a trámite de la demanda a efectos de que se emplace a los demandados con la demanda a fin de que puedan ejercer válidamente su derecho de defensa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02493-2012-PA/TC  
LA LIBERTAD  
JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO

Por las razones expuestas, mi voto es porque se **REVOQUE** el auto de rechazo liminar y se disponga la admisión a trámite de la demanda con el debido emplazamiento de la demandada.

Sr.

  
**VERGARA GOTELLI**

**Lo que certifico:**

  
.....  
OSCAR DÍAZ MUÑOZ  
SECRETARIO RELATOR  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**EXP. N.º 2725-2008-PHC/TC**  
**LIMA**  
**ROBERTO BORIS**  
**CHAUCA TEMOCHE**  
**Y OTROS**

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 22 días del mes de setiembre de 2008, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Roberto Boris Chauca Temoche contra la resolución de la Primera Sala Penal para Procesados con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 277, su fecha 14 de abril de 2008, que declara infundada la demanda de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 4 de febrero de 2008, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus por derecho propio y a favor de doña Rosa María de Guadalupe Zamudio Mayor, doña Miriam Ivone González Grillo, don Herbert Helmund Fiedler Villalonga, doña Eliana Antonieta Pastor Paredes, don Miguel Rojas Martínez, y don Artemio Rodríguez Rodríguez, contra la Fiscal de la Sexta Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, doña Isabel Cristina Huamán García, el Fiscal Superior de la Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, don Pedro Miguel Ángulo Arana y contra don Daniel López Gutiérrez, representante de la Compañía Minera Casapalca S.A.

Sostiene el recurrente que él y los favorecidos son trabajadores de la empresa Sociedad Minera Corona S.A., y han sido denunciados arbitrariamente por la Compañía Minera Casapalca S.A., dando inicio a una irregular investigación preliminar fiscal por la presunta comisión de los delitos asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionarios, fraude procesal y lavados de activos, hechos que anteriormente ya habían sido investigados por la Décimo Tercera Fiscalía Provincial Penal de Lima, que emitió una resolución de no haber lugar a formalizar denuncia penal, decisión fiscal que fue confirmada por la Quinta Fiscalía Penal Superior. Alega el demandante que, esta situación vulnera sus derechos constitucionales a obtener una resolución fundada en derecho, a la prohibición de una persecución penal múltiple (*Ne bis in ídem*), a la libertad individual.

Solicita el actor que, se declare la nulidad de la resolución del 28 de setiembre de 2007, dictada por el Fiscal Superior demandado, por la que accedió al pedido de la minera Casapalca para que el caso sea conocido por la fiscalía anticorrupción, y así

también, se deje sin efecto la resolución de fecha 21 de noviembre de 2007, dictado por la Fiscal Provincial Penal demandada, que dio inicio a la irregular investigación preliminar y todo acto derivada de ésta.

Realizada la investigación sumaria, el Fiscal Superior emplazado rinde su declaración explicativa sosteniendo que no es verdad que emitió resolución favoreciendo a la minera Casapalca, a fin que la denuncia contra los demandantes fuera vista por el sistema anticorrupción, sino que decidió ello a fin de evitar la indefensión de los denunciados. Asimismo, la Fiscal Penal demandada declaró que abrió investigación policial contra los demandantes en cumplimiento de la resolución fiscal superior que le ordena abrir investigación, y de su Ley Orgánica. El demandante, por su parte, ratificó los términos de su demanda. De otro lado, el demandado representante de la compañía minera Casapalca sostuvo en su declaración que las personas que son materia de la segunda investigación fiscal, son distintas a las que fueron objeto de la denuncia que fue archivada por el Ministerio Público.

El Trigésimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 7 de marzo de 2008, declara fundada la demanda estimando que al tomar conocimiento el órgano emplazado que ya se había archivado una denuncia por los mismos hechos debió inmediatamente desestimarse la denuncia posterior.

La recurrida revocó la apelada y declaró infundada la demanda por estimar que no existe doble persecución penal contra los demandantes, por cuanto éstos y las personas que fueron objeto de la denuncia archivada por el Ministerio Público, no son las mismas.

## FUNDAMENTOS

### **Precisión del petitorio de la demanda**

1. El accionante pretende que el Tribunal Constitucional ordene la nulidad de la resolución fiscal que dispone el inicio de una investigación preliminar contra él y los beneficiarios, por la presunta comisión del delito de asociación ilícita para delinquir y otros, así como la nulidad de todos los actos que se deriven de esta decisión fiscal, porque la misma se fundamenta en hechos que anteriormente fueron investigados por el Ministerio Público, que no halló mérito para formular denuncia penal, y, consecuentemente, dispuso su archivamiento definitivo. Tal situación configuraría un atentado al principio constitucional *Ne bis in ídem* y una amenaza al derecho a la libertad personal de los afectados.

### **El control constitucional de los actos del Ministerio Público**

2. Considerando que el petitorio constitucional del recurrente está orientado a cuestionar el procedimiento de investigación preliminar ordenado por la fiscalía emplazada, se procederá a analizar de manera liminar, algunos aspectos relacionados con la actividad fiscal previa al inicio del proceso judicial penal.

3. La Constitución ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte, tal como dispone el artículo 159.º, inciso 5, de la Constitución. 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.**
4. En realidad, ésta es una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, hace que éstos se erijan como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares.
5. En esta misma línea de limitación y control del poder público y privado, el artículo 200.º, inciso 1, de la Constitución establece que el proceso constitucional de hábeas corpus “(...) *procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos*”. De acuerdo con ello, **la Constitución no ha excluido la posibilidad de realizar un razonable control constitucional de los actos del Ministerio Público**, pues ha previsto la procedencia del hábeas corpus contra cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera el derecho a la libertad personal o los derechos conexos.

#### **Principio de interdicción de la arbitrariedad**

6. Lo expuesto precedentemente tiene su fundamento, por otro lado, en el *Principio de interdicción de la arbitrariedad*, el cual es un principio y una garantía frente a la facultad discrecional que la Constitución ha reconocido al Ministerio Público. De ahí que se haya señalado en sentencia anterior (Cf. Exp. N.º 06167-2005-PHC/TC. FJ. 30. Caso: Fernando Cantuarias Salaverry) 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***”.

### **Debido proceso y tutela jurisdiccional**

7. Asimismo, 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 prejurisdiccional 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.º de la Constitución.** Claro está, las garantías previstas en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional (debido proceso y tutela jurisdiccional), que no son sino la concretización de los principios y derechos previstos en el artículo 139.º 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.º 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"*.

### **Principio de legalidad en la función constitucional**

8. 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.**

### **Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal**

9. Respecto al habeas corpus preventivo, este podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia (Cf. Exp. N° 2663-2003-HC/TC. FJ. 6.d. Caso: Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca).
10. En el caso de autos, el demandante promueve esta modalidad de hábeas corpus porque considera que los magistrados emplazados *" al ordenar que se inicie y se prosiga con una investigación policial sobre hechos anteriormente investigados y archivados por el Ministerio Público, amenazan el constitucional derecho a la libertad individual de los favorecidos"* (Cf. Demanda, f. 14).
11. Sobre este punto, cabe precisar que si bien la actividad del fiscal está limitada por las atribuciones que le han sido conferidas directamente a la autoridad judicial, esto es, la imposición de medidas coercitivas, restrictivas de la libertad o derechos conexos; sin embargo, **la investigación que el Ministerio Público realice puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial, la que podría servir de importante indicativo para el juez al momento de decidir sobre la apertura de instrucción penal, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia abiertamente arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo**

**sea procesado y aún encarcelado**, lo que representa, evidentemente, una amenaza cierta e inminente del derecho a la libertad individual o algún derecho conexo.

### **Análisis del caso concreto**

12. Dentro de este marco de consideraciones, este Tribunal aprecia que la controversia, en el presente caso, gira, fundamentalmente, en torno a la legitimidad misma de la investigación preliminar fiscal incoada contra los beneficiarios por resolución de fecha 21 de noviembre de 2007, no obstante, que la supuesta delictuosidad de los hechos que son materia de esta investigación, fueron alegados en una anterior denuncia, que fue archivada, en doble instancia, por el Ministerio Público.
13. *Prima facie*, si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta de que las vulneraciones aducidas no sólo implican la observancia del derecho al debido proceso, sino que la acusada ilegitimidad de la investigación preliminar fiscal habría colocado a los favorecidos en una situación de desmedro de sus derechos constitucionales alegados, con incidencia sobre la libertad individual de los beneficiarios, argumento por el cual este Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos considerados lesivos.
14. Debe precisarse que, el Tribunal Constitucional en casos precedentes al de autos y mediante el proceso constitucional de hábeas corpus, sobre la vulneración al principio *Ne bis in ídem*, ha configurado los contornos de esta garantía fundamental, estableciendo básicamente:
  - a) La dimensión material y procesal del *Ne bis in ídem*. La primera, según, el cual «*nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho*», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador. En su vertiente procesal, tal principio significa que «*nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos*», es decir, *que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos* o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto contrario a las garantías propias del Estado de Derecho (Cf. Exp. N° 2050-2002-HC/TC. FJ. 19. Caso: Carlos Israel Ramos Colque).
  - b) Que el principio de *Ne bis in ídem*, opera respecto a resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada. Se yergue como garantía de todo justiciable, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que

resolvieron el caso en el que se dictó (Cf. Exp. N° 4587-2004-HC/TC. FJ 38. Caso: Santiago Martín Rivas).

- c) El principio *Ne bis in ídem* no se circunscribe a las sentencias definitivas, sino que comprende a todos los autos que ponen fin al proceso penal -al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa- (Cf. Exp. N° 8123-2005-HC/TC. FJ. 19. Caso: Nelson Jacob Gurman)
  - d) Verificar la existencia de una vulneración al principio de *Ne bis in ídem*, supone constatar la conjunción de tres identidades distintas: identidad de la persona perseguida (*eadem persona*), identidad del objeto de persecución (*eadem res*) e identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*).
15. Establecido lo anterior, una cuestión que merece consideración en el presente caso, es si las investigaciones preliminares fiscales que arriban a una resolución conclusiva de archivo, puede generar la aplicación de la garantía. Al respecto, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado en precedente sentencia (Cf. Exp. N° 6081-2005-PHC/TC. FJ. 7. Caso: Alonso Leonardo Esquivel Cornejo), que “*una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que la demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos*”. No obstante, dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de “*no ha lugar a formular denuncia penal*” por parte del fiscal, se refieren a que **el hecho no constituye delito**, es decir, carecen de ilicitud penal.
16. Este Tribunal afirma que la decisión fiscal de “*No ha lugar a formalizar denuncia penal*” en los términos precisados anteriormente, genera un estatus de inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: **a)** La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159° de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; **b)** Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de ***cosa decidida*** que las hace plausibles de seguridad jurídica. Este Tribunal ha señalado en precedente sentencia (Exp. N° 0413-2000-AA/TC. FJ. 3. Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), **que el principio de *cosa decidida* forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente**. Es necesario acotar que, el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados.

17. Se trata, entonces, de una decisión discrecional que implica una valoración de hechos e interpretación de disposiciones en mérito de la cual se decide si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal y cuál es el modo más adecuado de hacerlo, pero sin soslayar que, los actos del Ministerio Público, no se legitiman, *“desde la perspectiva constitucional, en sí misma, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución”* (Cf. Exp. N° 1762-2007-HC/TC. FJ. 11. Caso: Alejandro Toledo Manrique).
18. Lo mencionado anteriormente, resulta plenamente aplicable al presente caso, en que la Décimotercera Fiscalía Provincial Penal de Lima, mediante resolución de fecha 1° de octubre de 2007, archivó definitivamente la denuncia interpuesta por la Compañía Minera Casapalca contra don Salvador Gubbins Granger, don Daniel Carlos Villanueva Ortiz (Presidente Ejecutivo y Gerente General de la Sociedad Minera Corona, respectivamente), Andrés Edilberto Silva Chan, y los que resulten responsables, porque **los hechos que se les imputaban no constituían delito**, señalando lo siguiente: **a)** Con relación a la imputación referida al presunto *desvío de jurisdicción* atribuido a Minera Corona S.A., se señala *“no existe en el contenido de la denuncia, elementos o indicios razonables de la comisión de algún ilícito, o que al momento de incoar una demanda se haya actuado fraudulentamente o presentado documentación falsificada”* (f. 75), **b)** Respecto a la demanda interpuesta por el trabajador de la Sociedad Minera Corona, don Andrés Edilberto Silva Chan ante el Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores, contra la Compañía Minera Casapalca, se aprecia que dicho acto **carece de “contenido ilícito o conducta delictuosa”** (fs. 76), de parte del denunciado, **c)** En cuanto al delito de corrupción de funcionarios *“no puede ser materia de formalización de una denuncia penal, siendo que la imputación es de carácter subjetivo, sin ningún asidero de carácter indiciario”* (fs. 76), **d)** Respecto al delito de fraude procesal *“no [se precisa] indicio alguno tanto en la denuncia como en los actuados, respecto del medio fraudulento empleado por los denunciados para engañar a los funcionarios jurisdiccionales(...)no es procesal sostener que la presentación de una demanda por un trabajador de minera Corona, sea medio fraudulento para obtener una resolución contraria a ley, por cuanto cualquier trabajador como cualquier ciudadano tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”* (fs. 77), **e)** En cuanto al delito de lavado de activos *“la imputación de este delito está referido al hecho de que según el denunciante, el trabajador Andrés Edilberto Silva Chan, no tendría poder adquisitivo para contratar los servicios de un abogado y presentar la demanda de amparo ante el Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores(...)lo que no es amparable en un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que se postula la igualdad de las partes y el libre acceso a la tutela jurisdiccional efectiva”* (fs. 77), **f)** Con relación al delito de asociación ilícita para delinquir, es un *“ hecho que no se aprecia en autos, ya que ni siquiera se imputa la existencia de una organización institucionalizada con fines criminales, que se requiere para la configuración de la asociación ilícita”* (fs. 77).

19. Distinto sería el caso, si el motivo de archivamiento fiscal de una denuncia, se decidiese por déficit o falta de elementos de prueba, por cuanto la existencia de nuevos elementos probatorios, no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar, siempre que los mismos revelen la necesidad de una investigación del hecho punible y el delito no haya prescrito.

### Test de la triple identidad

20. Ahora bien, verificar la existencia o no de doble persecución penal, como la alegada por el demandante, pasa por examinar el caso desde la perspectiva del *test de triple identidad*:

- a) En cuanto al primer elemento de la ***identidad de la persona perseguida penalmente (identidad subjetiva)*** en varios procesos, si bien es una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar un persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra al mismo tiempo. **Este Tribunal considera que la necesidad de cumplimiento de este requisito resulta inexigible si se desvirtúa mediante resolución firme (sea ésta judicial o fiscal) el carácter antijurídico del hecho perseguido.** Ello hace jurídicamente imposible el procesamiento a otras personas distintas al sujeto pasivo del proceso originario en tanto la cosa juzgada no sólo produce efecto frente a él sino – como en el presente caso- frente a terceros.

Este Tribunal ha señalado en los Fundamentos Jurídicos 15 a 17 de la presente sentencia, las razones porque a la resolución fiscal de “*No ha lugar a formalizar denuncia penal*” no se le puede negar el carácter de *cosa decidida* (cosa juzgada), sabiendo además, que es frecuente que el fiscal penal para archivar una denuncia realiza un juicio de tipicidad del hecho denunciado, que al resultar negativo impide que el imputado pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos –más aún, si dicha decisión es confirmada por el órgano jerárquicamente superior-.

En el presente caso, si bien los magistrados emplazados y la Compañía Minera Casapalca, aducen que no opera la aplicación del *principio ne bis in ídem* por ser distintas las personas perseguidas tanto en la denuncia primigenia que fuera archivada por la Décimotercera Fiscalía Provincial Penal de Lima (fs. 73), como en la ulterior denuncia a cargo de la Sexta Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (fs. 287), sin embargo, cabe precisar que existe una decisión de clausura definitiva plasmada en la resolución fiscal de fecha 1° de octubre de 2007 (13° FPPL), que estableció la no delictuosidad de unas conductas que compulsadas con los actos presuntamente ilícitos que investiga la Sexta Fiscalía Penal Especializada en

Delitos de Corrupción, se puede afirmar se tratan de los mismos hechos, es decir, provienen de un mismo acontecimiento histórico.

- b) Este Tribunal considera que el elemento denominado ***identidad del objeto de persecución (identidad objetiva)***, consiste en que la segunda persecución penal debe referirse “*al mismo hecho*” que el perseguido en el primer proceso (o actividad investigatoria fiscal), es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.

Este presupuesto de la triple identidad, también se cumple en el presente caso, pues del cotejo de la primigenia denuncia de parte (fs. 432), interpuesta por la Compañía Minera Casapalca contra Salvador Gubbins Granger y Daniel Carlos Villanueva Ortiz, y la posterior denuncia (fs. 323) interpuesta por esta misma minera contra Roberto Boris Chauca Temoche y otros, se hizo sobre la base de los mismos hechos, cuya delictuosidad fue oportunamente desvirtuada por la Décimotercera Fiscalía Penal de Lima. La identidad del *factum* en el presente caso, podemos resumirla de la siguiente manera: **Ambas denuncias interpuestas por la Sociedad Minera Casapalca se centran en que la única finalidad que los denunciados persiguieron en todo momento fue lograr que Sociedad Minera Corona se mantenga y persista en la posesión y administración ilícita de la concesión minera Yauricocha, obtenida a través de conductas del todo delictivas, desconociendo los supuestos derechos que le corresponden a la Compañía Minera Casapalca** (Cf. Fs. 329 y 384). En ambos casos, entonces, existió una identidad fáctica (incluso idénticas calificaciones jurídicas: cohecho activo, fraude procesal, lavado de activos, asociación para delinquir).

- c) Por último, la ***identidad de la causa de persecución*** es un presupuesto que resulta también verificado en el presente caso, por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por los denunciados están referidos por igual a bienes jurídicos de la Administración Pública, la Administración de Justicia, la Tranquilidad Pública, como así se aprecia de los delitos (cohecho activo, fraude procesal, lavado de activos, asociación para delinquir) que fueron materia de las denuncias de parte, y de las resoluciones que al respecto se dictaron en sede fiscal.

21. Por lo anteriormente expuesto, la presente demanda debe ser estimada al haberse acreditado la vulneración del derecho constitucional de los beneficiarios de esta demanda, referido al principio constitucional *ne bis in ídem*, poniendo en grave peligro su derecho a la libertad individual, resultando de aplicación el artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

22. Este Tribunal considera que por las especiales circunstancias que han mediado en el presente proceso de habeas corpus, no resulta de aplicación el artículo 8° del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de habeas corpus.
2. Declarar **NULA** la resolución dictada por la Sexta Fiscalía Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, de fecha 21 de noviembre de 2007, mediante la cual se dispuso abrir investigación policial contra el promotor y beneficiarios de esta demanda, y, en consecuencia, cese todo acto investigatorio derivado de ésta.
3. Declarar **NULA** la resolución dictada por la Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, de fecha 28 de setiembre de 2007, que resuelve declarar procedente el recurso interpuesto por la Empresa Minera Casapalca S.A., contra la resolución judicial de fecha 29 de agosto de 2007.

Publíquese y notifíquese.

SS.  
**MESÍA RAMÍREZ**  
**BEAUMONT CALLIRGOS**  
**ETO CRUZ**