

MINISTERIO PÚBLICO Y EL PROCESO PENAL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pablo Sánchez Velarde

SUMARIO: I. Introducción II. Principios que orientan la actividad fiscal en el proceso penal 1. Independencia y autonomía 2. Principio de jerarquía 3. Principio de legalidad en la función constitucional del Ministerio Público 4. Debido proceso y tutela jurisdiccional 5. Principio de interdicción de la arbitrariedad III. Ministerio Público en la investigación preliminar del delito 1. Investigación preliminar 2. Calificación fiscal del delito 3. Plazo de la investigación preliminar 4. *Ne bis in idem* y cosa decidida IV. Función fiscal en la etapa intermedia

I. INTRODUCCIÓN

El Ministerio Público es un órgano autónomo, con principios y funciones establecidos en la Constitución y que defiende la legalidad en sentido amplio y promueve la acción de la justicia. De allí que sea considerado, no como un órgano administrativo, sino *parajudicial*. Por ello, la Constitución lo estructura y organiza de manera jerárquica, y le dota de competencia en las distintas ramas del ordenamiento jurídico: civil, familia, menores, prevención del delito. Ahora bien, es en el ámbito penal —que conoce los casos de delincuencia común, corrupción

y crimen organizado— donde destaca sus contornos constitucionales. En tal sentido, tiene un rol protector de la justicia y actúa en defensa de la legalidad. En el ámbito del proceso penal, dirige la investigación del delito desde su inicio y es el titular del ejercicio público de la acción penal, lo que hace del Ministerio Público peruano una institución fundamentalmente persecutora del crimen.

La carta fundamental delega al Tribunal Constitucional, también organismo autónomo, el control del respeto a la Constitución mediante la resolución en última instancia de los procesos constitucionales, los cuales tienen como fines esenciales, garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los derechos constitucionales.

La relación entre ambas instituciones constitucionales tiene profundo acento en el ámbito de la justicia penal debido a que en esta existen mayores posibilidades de que se afecten los derechos fundamentales de la persona. Debe recordarse que el principio del debido proceso, los derechos del imputado, el derecho a castigar del Estado o *ius puniendi* y la titularidad en el ejercicio de la acción penal a cargo del Ministerio Público, pueden encontrarse entre sí en situación de conflicto; y, si bien normalmente son resueltos en sede fiscal o jurisdiccional, su resolución pueden llegar a ser de conocimiento del Tribunal Constitucional.

El espacio donde se presentan dichos conflictos es el proceso penal, específicamente en la investigación preliminar o policial. Esto ha motivado la formulación de acciones de garantía y diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en ámbitos que, por un lado, permiten reforzar las posiciones doctrinarias ya admitidas; y, por otro, introducir determinados criterios igualmente doctrinarios, pero que merecen mayor análisis o que no son de pasiva recepción.

Por ello nos resulta importante y necesario abordar los temas referidos a la función del Fiscal como órgano de la persecución del delito, sus principios rectores, la actuación de los demás sujetos procesales en el marco del debido proceso y el respeto a los derechos fundamentales de la persona sometida a investigación. Este desarrollo tendrá su punto de partida en diversas decisiones del Tribunal Constitucional y, de su análisis, podremos estructurar unas primeras líneas de interpretación con el objeto de afianzar las posiciones asumidas por el Ministerio Público en su actuación penal.

II. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA ACTIVIDAD FISCAL EN EL PROCESO PENAL

Los principios que rigen la actuación del Ministerio Público están relacionados a su naturaleza jurídica y sus funciones constitucionales. Nos interesa destacar, por

ahora, los siguientes: independencia y autonomía, jerarquía, defensa de la legalidad, unidad y objetividad.

1. Independencia y autonomía

En cuanto a los principios en mención, el Tribunal Constitucional en el Exp. N. 6204-2006-PHC/TC, Loreto, del 09 de agosto de 2006, caso Chávez Sibina, señaló:

Al respecto, el TC debe precisar que si bien la Constitución, en su artículo 158, reconoce al Ministerio Público como órgano autónomo, *es obvio que tal autonomía solo puede tener su correlato en la realidad si es que se garantiza también su independencia. Tal independencia y autonomía, por tanto, deben ser entendidas desde dos perspectivas. En primer lugar, considerando al Ministerio Público como un órgano constitucional independiente frente a las injerencias de los demás poderes y órganos del Estado, así como de los poderes privados. En segundo lugar, su autonomía ha de ser entendida en relación con cada uno de los fiscales en tanto representantes de su institución, cualquiera que sea su grado en razón de las facultades previstas y delimitadas en la Constitución y en la ley* (fundamento jurídico 13; las cursivas son nuestras).

En este supuesto, los fiscales, individualmente considerados y cualquiera que sea su categoría dentro de la estructura organizativa del Ministerio Público gozan de *autonomía externa*, es decir, en relación con los demás poderes y órganos constitucionales del Estado. Pero también es necesario que se reconozca su *autonomía interna*, lo cual implica que las funciones que desempeñan conforme a Derecho, han de realizarse dentro de un marco exento de intervenciones ilegítimas de parte de otros funcionarios o particulares, e incluso de fiscales de mayor jerarquía» (fundamento jurídico 14; cursivas nuestras).

En la Constitución se exige al fiscal una actuación independiente en el ejercicio de sus funciones; ello significa que en las intervenciones judiciales e investigaciones preliminares o policiales, debe proceder y decidir conforme a la Constitución y a la ley. Esto significa, de un lado, la exigencia a los poderes del Estado o sus autoridades, de no intervenir o influir de ninguna manera en sus decisiones; y, de otro, exigir lo propio de las instancias superiores de la Fiscalía, salvo caso de control jerárquico regulado por ley. Este principio de independencia, relacionado con el de autonomía, dirige la actuación del Ministerio Público, al igual que otros órganos autónomos del Estado, en el sentido de no depender de ningún poder del Estado, sobretudo del Poder Judicial, debido, precisamente, a su naturaleza promotora de la acción de la justicia. Por ello es que se pone de relieve el principio

de autonomía, si se quiere manifestada en forma externa. Debe recordarse que el artículo 158 de la Constitución establece que el Ministerio Público «es autónomo» tanto en el ámbito de gobierno como en las distintas funciones fiscales reguladas por la ley.

2. Principio de jerarquía

Este principio tiene su sustento en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público cuando establece que «los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado, deben sujetarse a las instrucciones que pudieran impartirles sus superiores». El Tribunal Constitucional, en el citado caso Chávez Sibina, respecto a este principio, ha expresado lo siguiente:

[...] solo se justifica, si de lo que se trata es de dotar de coherencia y unidad al ejercicio de las funciones constitucionales que establece el artículo 159 de la Constitución De ahí la necesidad de que se establezcan también relaciones de coordinación conjunta entre los Fiscales de los distintos niveles, en atención a que la política de persecución criminal no puede ser definida por cada fiscal o juez en particular, pues ello corresponde al propio Estado (fundamento jurídico 17).

Finalmente, en el referido fundamento jurídico, el Tribunal Constitucional agrega que el principio de jerarquía no puede llevar a anular la autonomía del Fiscal de menor jerarquía en el ejercicio de sus atribuciones.

3. Principio de legalidad en la función constitucional del Ministerio Público

El Tribunal Constitucional pone de relieve el parámetro constitucional en el cual el Ministerio Público debe ejercer sus funciones en materia penal. En el Exp. N. 6167-2005-HC/TC, Lima, del 28 de febrero de 2006, caso Cantuarias Salaverry, el Tribunal Constitucional afirma que el Fiscal actúa como «defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal»; precisando que:

[...] el respeto a 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 la ley (fundamento jurídico 31).

4. Debido proceso y tutela jurisdiccional

El debido proceso es un principio general del derecho que comprende todos los otros principios, derechos y garantías propias del proceso judicial, y que, además, extiende su ámbito de aplicación a la investigación preliminar y a toda investigación administrativa, por lo que, obviamente, pese a encontrarse ubicado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución como principio rector de la actividad jurisdiccional, su ámbito de aplicación es mucho mayor a la que exige la intervención del juez.

El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias reitera que el principio del debido proceso también se proyecta en la etapa prejurisdiccional del proceso penal, cuya dirección le compete al Ministerio Público; en tal sentido, las garantías previstas en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, las mismas que deben ser interpretadas de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, según la cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (Caso Cantuarias Salaverry, fundamento jurídico 32).

Esta interpretación que hace el Tribunal Constitucional se repite en otras sentencias. Así por ejemplo en el caso Chávez Sibina, afirma que:

[...] 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 159º de la Constitución (fundamento jurídico 11).

5. Principio de interdicción de la arbitrariedad

No se trata de un principio de orden a la función fiscal, sino de un principio que recoge el Tribunal Constitucional como consecuencia de la consolidación del Estado de Derecho en la Constitución. Así, en el Exp. N. 090-2004-AA/TC, Lima, del 05 de julio de 2004, se considera que este principio tiene un doble significado: en sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; mientras que, en sentido moderno y concreto, se expresa en la falta de fundamentación objetiva, congruente y lógica con que se debe emitir toda decisión. Es decir, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

Bajo esta perspectiva y en el ámbito de la función fiscal, el Ministerio Público tiene cierto grado de discrecionalidad para realizar la investigación a fin de determinar la existencia de elementos probatorios suficientes que justifique la formalización de la denuncia ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Pero esta discrecionalidad, a decir del Tribunal Constitucional, está sujeta a ciertas proscripciones: 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 (caso Cantuarias Salaverry).

Consecuentemente, todas las decisiones jurídicas que adopten los representantes del Ministerio Público deben sujetarse a tales criterios a fin de no afectar la facultad de discrecionalidad del Fiscal. Lo que en buena cuenta refuerza la posición objetiva que debe asumir tanto en las diligencias de investigación que realiza como en la calificación jurídica de los casos que están bajo su control. En este punto consideramos que no radica inconveniente alguno en la aplicación de este principio, sino que es conveniente realizar una correcta interpretación de aquel pues existirá siempre la posibilidad de que el imputado alegue la violación de dicho principio ante cualquier decisión procesal o de calificación jurídica que no comparte, formulando acciones de garantía sin mayor amparo constitucional, como puede verse de otras sentencias del Tribunal Constitucional.

III. MINISTERIO PÚBLICO EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL DELITO

1. Investigación preliminar

En la actuación del Ministerio Público en materia penal se destaca su intervención en la fase de investigación preliminar o policial, de la cual es su titular, bajo la denominada conducción de la investigación. La investigación preliminar del delito constituye una de las fases más importantes del proceso y el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a distintos momentos y cuestiones de orden procesal. Así, tenemos que en el caso Cantuarias Salaverry, ha señalado:

La Constitución establece en el artículo 159, inciso 1, que corresponde al Ministerio Público la misión de 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; asimismo, el inciso 5 del mismo artículo encarga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte. En ese sentido, *corresponde a los fiscales —representantes del Ministerio Público— hacer ejercicio de la titularidad de la acción penal pública y, una vez conocida la*

denuncia o noticia criminal, proceder a formalizarla ante el juez penal si lo estima procedente, conforme a lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo 52 (fundamento jurídico 25; cursivas nuestras).

El Tribunal Constitucional reafirma su posición en el conocido caso Chávez Sibina; pronunciándose sobre la facultad de ejercitar la acción penal, en los siguientes términos:

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 constitucionalmente 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* (fundamento jurídico 7; cursivas nuestras).

2. Calificación fiscal del delito

Sobre la investigación preliminar y el grado de convicción que debe tener el fiscal para calificar el delito investigado, en el caso Cantuarias Salaverri, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

[...] una vez que un hecho presuntamente delictivo es denunciado, el fiscal puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el juez penal. En el primer supuesto, el fiscal no cuenta con elementos suficientes que ameriten la formalización de la denuncia, por lo que se procede a iniciar una investigación orientada a obtener elementos que sustenten su acusación ante el Juez Penal (fundamento jurídico 27).

Seguidamente, citando a la doctrina nacional, afirma que no se requiere que exista convicción plena en el fiscal de la realización del delito ni que las actuaciones de la investigación estén completas, solo se necesita que estas arrojen un resultado probable razonable, en orden a la realidad de un delito cometido y de la vinculación delictiva del imputado o imputados a su comisión. Al respecto, el Tribunal Constitucional agrega que:

[...] desde una perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional (fundamento jurídico 28).

El Tribunal Constitucional reconoce las funciones que constitucionalmente le competen al Ministerio Público, especialmente, la conducción de la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal, lo que exige, además del conocimiento jurídico apropiado para la toma de decisión correspondiente: a) la búsqueda de los elementos probatorios vinculados con el hecho delictivo; y b) la calificación jurídica de la denuncia o investigación.

En este punto, a nuestro entender, se debe tener presente las siguientes consideraciones:

- a) Cuando se presenta una denuncia o se inicia la investigación de oficio, el Fiscal puede disponer que la investigación del caso sea llevada a cabo por la policía, a fin de que se reúnan los elementos de prueba necesarios para decidir la formalización o no de la denuncia ante el juez penal, pero también es posible que el recaudo probatorio o la atipicidad del hecho determine en el fiscal la decisión contraria, es decir, el archivo de la denuncia. En estos casos, el fiscal es el responsable de la investigación, incluso, podemos afirmar que no habría impedimento para que el fiscal inicie directamente una investigación con o sin el apoyo policial. Un aspecto importante y no abordado por el Tribunal Constitucional tiene lugar cuando algunos casos, que llegan al despacho fiscal a título de denuncia, no requieren investigación preliminar o policial, como es el caso del delito de omisión de asistencia familiar u otro hecho delictivo que ya cuenta con todos los recaudos probatorios para que el fiscal ejercite la acción penal.
- b) Para efecto de la formalización de la denuncia ante el órgano jurisdiccional, es doctrina predominante en nuestro medio que no se requiere una *convicción plena* de parte del fiscal sobre los hechos atribuidos ni de la vinculación de los elementos probatorios con el autor, pues, precisamente —y de acuerdo con el modelo mixto del CdePP— le corresponde al juez la investigación judicial formal llamada instrucción. Por lo tanto, se debe exigir al fiscal que los resultados de la investigación preliminar concluyan, de ser el caso, en un juicio jurídico razonable sobre la realización del delito y la participación del imputado en éste; y fundamentar la necesidad de pasar a la investigación judicial. En este punto es gravitante la *calificación jurídica* inicial que hace la fiscalía en orden a esperar su aceptación por el juez y de esta manera cumplir con el mandato constitucional de ejercitar la acción penal e intervenir en el proceso en la defensa de la legalidad y la persecución del delito.

- c) La calificación jurídica del delito puede ser objeto de variación en el curso del proceso. Incluso en el nuevo proceso penal, cuya fase de investigación —preliminar y preparatoria— está a cargo del fiscal, la calificación jurídica puede ser objeto de modificación en fase del juicio oral. Por ello, se exige del fiscal el conocimiento necesario de las normas penales y procesales y su análisis dogmático, siempre —como lo señala el Tribunal Constitucional— de conformidad «con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional». Además, debe afirmarse que en la investigación preliminar fiscal no se adoptan decisiones fiscales que puedan afectar derechos fundamentales de la personas pues ello, conforme a nuestro ordenamiento constitucional, está reservado a los jueces. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia en mención (Caso Cantuarias Salaverri) estableció que «[...] el procedimiento de investigación fiscal no incide de manera directa en una posible vulneración a algún derecho vinculado a la libertad individual de la persona» (fundamento jurídico 36).
- d) Es importante acotar lo que expresamente señala el Tribunal Constitucional: «Partiendo de las consideraciones que han sido previamente expuestas, este colegiado no considera que el recurrente se encuentre frente a una amenaza cierta e inminente de su derecho a la libertad individual o algún derecho conexo, puesto que no se ha producido la formalización manifiestamente arbitraria, orientada a inducir a error al juez a fin de que dé inicio a un proceso penal en contra del investigado. Si bien, a la fecha, es posible constatar que la denuncia formalizada por el fiscal demandado dio lugar a que se abriera instrucción en contra del señor Fernando Cantuarias Salaverri, no se ha dictado mandato de detención en su contra y se ha motivado debidamente el mandato de comparecencia restringida que fue dictado en su lugar» (fundamento jurídico 45 ss.). En el presente caso la demanda fue declarada improcedente.

3. Plazo de la investigación preliminar

Otro de los aspectos abordados por el Tribunal Constitucional, y de gran incidencia en sus últimas sentencias, es el referido al plazo de la investigación que realiza el Fiscal antes de ejercitar la acción penal ante el juez.

Conforme a la legislación vigente, en algunas sedes judiciales del país, no existe un plazo formal de investigación preliminar, llámese fiscal o policial. De tal manera que agotada la misma, corresponde al Fiscal realizar la calificación jurídica

del hecho investigado. Pueden haber transcurrido semanas o meses y ciertamente se requiere de una respuesta del sistema sobre los resultados de la investigación.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída sobre el Exp. N. 5228-2006-PHC/TC, Lima, del 15 de febrero de 2007, caso Gleiser Katz, estableció que:

[...] una de las garantías que se deriva del derecho fundamental al debido proceso, aplicable a la etapa de investigación fiscal, es el que esta se realice dentro de un plazo razonable. Legislativamente no se ha previsto un plazo máximo para la investigación fiscal, por lo que le corresponde a este supremo intérprete de la Constitución, ponderar y concordar los deberes del Estado social y democrático de Derecho que están reconocidos en el artículo 44 de la Constitución —garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad— con su artículo 159 que erige al Ministerio Público como titular de la acción penal y representante de la sociedad en los procesos judiciales.

Ciertamente, al Tribunal Constitucional no le corresponde fijar plazos fijos y perentorios, sin embargo «sí tiene la potestad jurisdiccional de establecer, en línea de principio, criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garantice el respecto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a una investigación fiscal en el marco de la facultad de investigación y persecución del delito a cargo del Ministerio Público.»

En tal sentido, siguiendo las sentencias de la Convención Europea de Derechos Humanos y las propias que ha emitido el Tribunal Constitucional, se precisan determinados criterios —que no son rígidos— por los cuales es posible establecerse, en el caso concreto, el llamado *plazo razonable*: el comportamiento de los órganos judiciales, el comportamiento de las partes y la complejidad del asunto.

Ahora bien, respecto de la investigación fiscal, el Tribunal Constitucional señala que los criterios a considerar en la razonabilidad del plazo son de dos tipos: subjetivo y objetivo. Entre los primeros, se tiene la actuación del fiscal y la actuación del investigado; en cuanto al segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

En el caso de la actividad del Fiscal se destaca: la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce sus funciones. Se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público. De otro lado, para establecer la diligencia de la actuación fiscal, se deberá valorar la realización o no por aquél, de aquellas diligencias que hubieren sido conducentes o idóneas para la formalización de la denuncia.

En cuanto al investigado destaca el Tribunal Constitucional su actitud *obstruccionista*, manifestada en la injustificada no concurrencia de aquel a las citaciones fiscales, al ocultamiento o negativa a entregar información relevante para el desarrollo de la investigación, la formulación de mala fe de demandas constitucionales para dilatar o paralizar la investigación preliminar o cualquier conducta que realice con el fin de desviar o evitar los actos de investigación.

Respecto al criterio objetivo, debe evaluarse una eventual complejidad de los hechos objeto de investigación, la cual puede presentarse por el gran número de personas investigadas, sobre todo en el caso de crimen organizado, o por la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran en el marco de una investigación en concreto.

En el caso Gleiser Katz, el Tribunal Constitucional valoró que la investigación preliminar tenía más de dos años de duración; que se había formulado denuncia ante el juez penal y se encontraba en apelación del auto denegatorio de abrir proceso. A criterio del Tribunal Constitucional, pese a que ya se había formulado la denuncia, se debía evaluar la razonabilidad del plazo máximo de la investigación fiscal en dicho caso. Ahora bien, toda vez que en este caso ya había cesado la amenaza o violación de la libertad personal, se solicitó la emisión de un pronunciamiento de la jurisdicción constitucional para que tales casos no se repitan en el caso del recurrente (*habeas corpus innovador*). En consecuencia, habiéndose evaluado los criterios objetivos y subjetivos para la determinación del plazo razonable de la investigación preliminar, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, señalando que «No es razonable que el fiscal intente justificar un periodo tan laxo de investigación, tanto más si los hechos a investigar no revisten una especial dificultad».

También es importante citar el Exp. N. 6079-2008-PHC/TC, del 06 de noviembre de 2009, caso José Abanto Verastegui, pues introduce criterios normativos del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) al proceso ordinario del CdePP. Aquí el Tribunal Constitucional considera que se había vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad, mediante la violación del derecho a ser investigado preliminarmente en un plazo razonable, señalando que:

[...] Desde el 07 de febrero de 2008 hasta la fecha no ha concluido la investigación seguida contra el demandante, lo cual, si estuviera vigente el NCPP, contravendría su artículo 342, que señala que «el plazo de la Investigación Preparatoria es de ciento veinte días naturales. Solo por causas justificadas, dictando la disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales»; y que «tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho

meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la investigación preparatoria (fundamento jurídico 7).

Considera el Tribunal Constitucional que si bien es cierto el NCPP no se encuentra vigente en Lima, ello no impide que sea tomado en cuenta al momento de evaluar la arbitrariedad de la investigación preliminar iniciada contra el demandante, pues su función de parámetro de razonabilidad es pertinente (fundamento jurídico 8). Como se ha referido, el Tribunal Constitucional introduce otro criterio, que es el normativo, referido al plazo previsto en el NCPP, aun cuando se equivoca al referirse a los plazos de la investigación preparatoria cuando la misma investigación preliminar tiene su propio plazo.

4. *Ne bis in idem* y cosa decidida

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el Exp. N. 2725-2008-PHC/TC, Lima, del 22 de septiembre de 2008, caso Chauca Temoche, precisa que a la resolución fiscal de «no ha lugar a formalizar denuncia penal» no se le puede negar el carácter de *cosa decidida*, porque si el caso que tiene esa calidad es reabierto por otro fiscal a futuro, se vulneraría el *ne bis in idem* en su vertiente procesal, ya que la libertad del investigado no puede ser nuevamente puesta a riesgo de un segundo procedimiento en sede prejurisdiccional. Señalo el Tribunal Constitucional que:

Este Tribunal afirma que la decisión fiscal de «no ha lugar a formalizar denuncia penal» [...] 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, 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 (fundamento jurídico 16).

Sin embargo, debe precisarse que en los casos cuyos motivos para archivar la denuncia fueren una pésima investigación policial o fiscal o cuando se presentan nuevos elementos de convicción o actos de investigación que destruyen la argumentación inicial del fiscal; la reapertura del caso, es un imperativo.

IV. FUNCIÓN FISCAL EN LA ETAPA INTERMEDIA

El Tribunal Constitucional ha reconocido la constitucionalidad del principio acusatorio y las facultades conferidas al Ministerio Público, que se manifiestan en la etapa intermedia del proceso penal. En efecto, en distintas sentencias el Tribunal Constitucional ha señalado las características del principio acusatorio en el proceso penal, siguiendo la doctrina española. En el Exp. N. 2005-2006-PHC/TC, Lima, del 13 de marzo de 2006, caso Umbert Sandoval señaló:

[...] es de precisarse que, en tanto el sobreseimiento dictado de conformidad al dictamen fiscal que se pronunciaba en el sentido de no haber mérito para acusar constituye una resolución irrecurrible, la concesión del recurso de apelación contra dicho auto y su posterior anulación por la Primera Sala para Reos Libres de la Corte Superior de Lima constituye una vulneración a la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos, dejando sin efecto una resolución que constituye cosa juzgada, vulnerando así lo establecido en el artículo 139, incs. 2 y 13 de la Constitución, según el cual no es posible «[...] dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada», lo cual atenta también contra la seguridad jurídica (fundamento jurídico 11).

De lo expuesto por el Tribunal Constitucional queda claro que en virtud del principio acusatorio —que constituye uno de los principios estructurales del proceso penal, tanto en el sistema mixto como en el nuevo modelo procesal de corte acusatorio— es facultad constitucional del Ministerio Público incoar la acción penal y acusar. Y si se pronuncia por una no acusación, más aún, si la Fiscalía Superior vía consulta (prevista en el artículo 220, inciso c del CdePP) confirma la posición no acusatoria del Ministerio Público, queda claro que la persecución penal ha concluido y, por tanto, al órgano jurisdiccional no tiene otra opción procesal que dictar la correspondiente resolución de sobreseimiento, pues el proceso «debe llegar a su fin». Agrega el Tribunal Constitucional que dicha decisión constituye una resolución «irrecurrible», consecuentemente, contra la misma no procede recurso impugnatorio, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que, en este caso, existiría una posición clara del fiscal superior en grado de no haber mérito para pasar a fase de juzgamiento. Asimismo, en virtud del principio acusatorio que comentamos, el órgano jurisdiccional «no puede atribuirse poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad».

Sin embargo, en la sentencia recaída sobre el Exp. N. 9579-2006-PHC/TC, caso Jorge Figari Robles, del 27 de noviembre de 2006, el mismo Tribunal establece lo siguiente:

[...] si bien este Tribunal ha señalado que, de acuerdo con el principio acusatorio, no es impugnabile el auto de sobreseimiento emitido de conformidad con el dictamen absolutorio del Fiscal Provincial que hubiere sido elevado en consulta por el órgano jurisdiccional y con la opinión aprobatoria del Fiscal Superior (Exp. N. 2005-2006-PHC/TC), ello no implica que todo auto de sobreseimiento sea inimpugnabile (fundamento jurídico 2).

Agrega el Tribunal Constitucional:

Este Tribunal considera que la posibilidad de revocar una resolución que dispone el sobreseimiento no resulta atentatoria del principio acusatorio, por cuanto no implica una injerencia indebida en las atribuciones del Ministerio Público como titular de la acción penal, sino que permite a las partes procesales poder cuestionar los motivos que tuvo el órgano jurisdiccional para concluir el proceso en sede jurisdiccional. Ello debido a que el ordenamiento procesal ofrece diversas opciones al juzgador ante la posibilidad de que el Ministerio Público, en un primer momento, decida, en virtud de sus atribuciones, no acusar (fundamento jurídico 3).

Aparentemente habría una contradicción con el caso Umbert Sandoval, donde se afirma que la resolución del órgano jurisdiccional es «irrecurrible», sin embargo en el último caso que analizamos (Figari Robles) se afirma que sí lo es. Ciertamente, el presupuesto procesal es diferente. En el primero, se trataba de una consulta con el artículo 220, inciso c del CdePP, y la segunda —se entiende— gira en torno al auto de sobreseimiento que dicta el juez ante el pedido del fiscal y que ha sido materia de impugnación, por lo que —a diferencia del primero— aquí no se trata de la figura de la elevación en consulta sino de una resolución judicial impugnada, por lo tanto, conforme al sistema procedimental existente, corresponde el control de legalidad a su inmediato superior, por lo que estaríamos ante el supuesto del artículo 220, inciso a del CdePP. De allí la concordancia con el artículo 292, inciso c cuando establece que procede el recurso de nulidad contra los autos que «extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia». El Tribunal Constitucional desestima la demanda en el mencionado caso Figari Robles.