

**III. LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO
D. Leg. N. 52. 16-3-81**

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Misión y fines del M.P.

Art. 1.- El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social. así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Fuentes:

Const. Art. 250- Const. Venez. 1961 arts. 218 y 220.- Const. Colomb. Art. 13.- Const. España 1978 art. - L.O.M.P. Venez. 1970 arts. 1,2 y 6.

Comentario:

Esta disposición consagra en primer lugar, la autonomía del M.P. Apartándose de lo tradicional, el legislador ha separado al M.P. del Poder Judicial. La autonomía del M.P. significa, precisamente, que no está sujeto a mandatos o directivas de ninguno de los Poderes del Estado. Esta autonomía es fundamento indispensable para el cumplimiento de su misión de guardián de la legalidad. El M.P. deberá actuar, muchas veces, contra la acción irregular de alguno de los Poderes del Estado. El M.P. cumple el rol de representante de la sociedad. Constituye su Postulado formal.

La misión del M.P. es la defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos. Esta parte de la disposición comentada guarda mucha similitud con el art. 72, inc. 2, de la base número 15 de la L.O.J. Esp., del 28 de noviembre de 1967, incorporada en la nueva Constitución española del 1978.

Es un error de técnica legislativa regular, de manera conjunta la misión del M.P. y sus atribuciones. Estas son consecuencia de la misión que se le asigna y se refieren a las facultades que se le otorgan para el cumplimiento de su función.

La intervención en juicio del M.P., como representante de la sociedad, está limitada a algunos casos. Estos no se encuentran claramente señalados. La ley indica la defensa de la familia, de los menores y de los incapaces, del interés social y de la moral pública. Estos dos últimos conceptos deben ser interpretados restringidamente; de lo contrario, no se comprendería porqué se menciona, en forma expresa, a la familia, a los menores y a los incapaces, si la noción de interés social se entiende como comprendiendo la familia, los menores y los incapaces. Sin embargo, la alusión al "interés social" se explicará por la manera amplia como se señala, en el art. 250, inc. 3 de la Constitución, que corresponde al M. P. "representar en juicio a la sociedad". En los procesos penales, el M.P. también actúa en representación de la sociedad; y, como tal, busca el esclarecimiento del hecho penal, llegado el caso, la reparación civil del daño causado, En el artículo comentado, se hace mención, separadamente, a tal función (cf. art. 65, C.P.P.). La imprecisión legal crea dificultades respecto a la intervención del Estado como parte civil, representado por el Procurados de la República (ver comentario al inc. 4 del art. 94).

Separadamente, se hace mención a la atribución de perseguir el delito, de prevenirlo y de lograr la reparación civil. En cuanto al primero y tercero punto, más claro

es el texto del art. 65 del C.P., en que se establece que el M.P. perseguirá conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil.

Por último, se señala que el M:P. deberá velar por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia. En relación con la primera, se deberá tener en cuenta que es garantía de la administración de justicia, la independencia en su ejercicio, y que ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (Const. art. 233, inc. 2) En cuanto a la segunda, la intervención del M.P. debe desarrollarse dentro de los límites establecidos en esta ley y en las demás pertinentes. Para este efecto el, el M.P. ejercitará los recursos legales para lograr la sanción de las violaciones en que incurran los miembros del Poder Judicial durante el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, el M.P. está obligado, de modo general, a formular cargos por presunción de enriquecimiento ilícito de los funcionarios o servidores públicos /art. 66. inc. 6 L.O.M.P.)

Denominación común para los órganos del M.P.

Art. 2.- Para los efectos de la presente ley, las palabras "fiscal" o "fiscales", sin otras que especifiquen su jerarquía, designan a los representantes del Ministerio Público, excepto al fiscal de la Nación, a quien se referirá siempre en estos términos.

Concordancias:

Const. art. 251. L:O:M:P: art. 36.

Comentario:

Esta disposición es una norma interpretativa. Su ubicación bien pudo estar al final de la ley. En todo caso, pudo ser eliminada mediante una cuidadosa redacción del texto legal que la hubiera hecho innecesaria.

Representantes del M.P. son los órganos individuales enumerados en el art. 36: Fiscales Supremos, Superiores, Provinciales y Adjuntos; sean o no titulares. Los órganos colegiados son las Juntas de Fiscales organizadas en cada instancia, según los arts. 62 y 63.

Intervención del M.P.

Art. 3.- Para el debido cumplimiento de sus funciones y atribuciones, el fiscal de la Nación y los Fiscales ejercerán las acciones o recursos y actuarán las pruebas que admiten la Legislación Administrativa y Judicial.

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 331, 332, 333, 338 y 344.- Proy. L.O.P.J. 1974 arts. 268 y 269.

Concordancias:

D.S. 006-67-SC. Art. 78 C.P.C., art. 347 C.P.P., art.138, inc. 1, 160,225,inc. 7. L.O.T.G.C. art. 24, inc. 2.

Comentario:

El M.P. es un órgano requirente. Para cumplir con sus funciones y ejercer con eficacia sus atribuciones, tiene la potestad de ejercitar acciones, de interponer recursos y de ofrecer las pruebas. En concordancia con las atribuciones señaladas al M. P. en el dominio de la Administración Pública y del Poder Judicial, el artículo anotado se refiere a que los límites de la actividad del M.P. están señalados por las normas legales administrativas y judiciales que regulan el ejercicio de la acción y la actuación de pruebas. Sus poderes no son, pues, omnímodos.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 250 de la Constitución y el I de esta ley,

hubiese sido conveniente hacer referencia a la estricta imparcialidad de la actuación del M.P. y a su sujeción al principio de legalidad. La Constitución española (art. 124.2 in fine) y su desarrollo, el Estatuto Orgánico del Ministerio Público (Ley 50/81 de 30 de diciembre, arts. 6 y 7) hacen mención expresa a estos principios.

Aplicación de los principios generales del derecho. Iniciativa legislativa.

Art. 4.- En los casos de deficiencia de la Legislación Nacional, el Ministerio Público tendrá en consideración los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano, en el ejercicio de sus atribuciones.

En tales casos, el fiscal de la Nación elevará al Presidente de la República los proyectos de ley y de reglamentos sobre las materias que le son propias para los efectos a que se refieren los artículos Nos 190 y 211 inciso 11, de la Constitución Política del Perú. Podrá también emitir opinión fundamentada sobre los proyectos de ley que tengan relación con el Ministerio Público y la Administración de Justicia, que remitirá a la Cámara Legislativa en que se encuentren dichos proyectos pendientes de debate o votación.

Fuentes:

L.P.G. Méx. 1974 art. 2 inc. I y II.- L.O.M.P. Venez. 1970 art. 39, inc. 11.

Comentario:

El M.P. no tiene función jurisdiccional. Por su organización tampoco pertenece al Poder Judicial. Pero constituye un elemento esencial para el desarrollo de la actividad de los órganos jurisdiccionales. Su intervención significa la constante aplicación de disposiciones legales que fundamentan sus actos. Como ésta tiende a los altos fines de defender la legalidad, representar a la sociedad y perseguir a los delincuentes, sus miembros no pueden dejar de ejercer sus atribuciones por deficiencia de la ley. Es decir que constituye garantía de la intervención imparcial y oportuna del M.P. que su actividad no se vea paralizada por una imperfección de la legislación nacional, de esta manera, se ha extendido al dominio del M.P. la garantía de la administración de justicia contenida en el art. 233, inc. 6 de la Constitución. Como lo veremos a lo largo del análisis de la ley, este es un aspecto más de la tendencia a equiparar en obligaciones y derechos a los miembros del M.P. y del Poder Judicial.

La invocación de los principios generales del derecho de parte del M.P., por deficiencia de la ley, en el cumplimiento de sus funciones tiene que ser realizada teniendo en cuenta el dominio en que actúa. Si bien en el ámbito civil tiene plena vigencia esta regla (art, XXIV del Título Preliminar del C.C.), no sucede lo mismo en el dominio penal, donde prima el principio de legalidad: no hay delito, no hay pena sin ley previa (consagrado en el art. 2, inc. 20 pf. "d" de la Const. y arts 2 y 3 del C.P.).

En el aspecto formal, es de notar que se ha preferido, para la redacción del artículo comentado, la parquedad de la disposición del Código Civil, en cuanto se menciona sólo a las "deficiencias" de la ley, y no se refiere a los "defectos" como lo hace la disposición constitucional.

En relación con la constatación de los indicados casos de deficiencias en la legislación, el párrafo segundo de esta disposición reconoce al F.N. la potestad de elevar al Presidente de la República los proyectos de leyes o de reglamentos pertinentes, para que ejerza el derecho de iniciativa legislativa, si lo tiene a bien. Dichos proyectos deben versar sobre materias que le son propias. Se descose, en la medida que se trate de información pública, si esta facultad legislativa ha sido ejercitada.

La ley tiene en la primera parte del segundo párrafo, un sentido imperativo: "el

Fiscal de la Nación elevará". Por el contrario, en la segunda parte, dispone que el M.P. podrá emitir opinión fundamentada sobre proyectos de ley referentes a la administración de justicia y al M.P. En este caso parecería que su intervención es sólo facultativa y no obligatoria. No parece ser éste el criterio seguido por el Legislativo en las últimas modificaciones legales que le afecta. Basta citar la ley 25037, de 29 de mayo de 1989, promulgada sólo debido al artículo 12 de la L. O. M. P. De haberse hecho la consulta del caso, se hubiera podido mejorar su texto y hubiese sido oportuno para modificar otras disposiciones del mismo cuerpo legal de igual o mayor trascendencia. Creemos que de acuerdo con la autonomía del M.P. toda modificación legislativa que le afecte debe serle consultada. Su opinión es, igualmente, importante respecto a la administración de justicia; lo mismo puede decirse respecto al Poder Judicial quien por propio derecho debe ser consultado sobre los proyectos legislativos referentes a su organización y actividad, en la que interviene también el M.P.

Autonomía y coordinación internas del M.P.

Art. 5.- Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

Fuentes:

Proy. L.O.P.J. 1974, art. 260.- L.O.M.P. Venez. 1970 art. 51, inc. 1.

Comentario:

En la primera parte de este numeral, se trata de la autonomía interna del M.P. La actividad de los fiscales es independiente. Dentro del marco legal vigente, los fiscales actúan conforme a su criterio y procurando cumplir mejor, desde su perspectiva, con los fines de la institución. No se trata, pues, de una libertad absoluta, sino de libertad de acción e interpretación de las normas que regulan el ejercicio de sus atribuciones y de los fines a alcanzar. Es decir, sujeción a la legalidad y objetividad en el accionar. Esta autonomía interna del M.P., su independencia de los demás Poderes del Estado (autonomía externa), y, por último, su incompetencia para defender intereses político-administrativos, son circunstancias que permiten tener por superado el principio de la unidad e indivisibilidad del M.P. Entendido éste como que los miembros del M.P. actúan en representación del jefe máximo (F.N.) y cumpliendo las directivas que les imparta respecto a los casos en que intervienen.

Si bien los miembros del M.P. gozan de autonomía interna, su organización jerarquizada impone la necesidad de una comunidad y uniformidad de criterios. El F. N., autoridad máxima de la institución, es el encargado de dar directivas de carácter técnico y científico para el mejor gobierno del organismo y para orientar la actividad de los demás fiscales. El F. N. no está facultado para dar directivas o mandatos a los demás fiscales en relación con casos o procesos concretos. Tampoco lo pueden hacer éstos, con relación a sus inferiores; salvo los casos de mandatos de investigación, de denuncia y desempeño funcional previstos en los arts. 10, 13, 66, 71, 74, 75, 80, 82, inc. 5, 90 y 92 de la presente ley.

En contra de estas disposiciones, y sin contar con la facultad necesaria -que el F.N. tampoco posee-, el Director Superior del M.P. remitió a los fiscales el oficio circular No. 728-81MP-DS, en el que decía "que en todos los casos de terrorismo, así como en los de narcotráfico, en los que intervenga su despacho, deberá Ud. de oficio, apelar de todas las Resoluciones que dispongan la libertad de alguno de todos los implicados, oponiéndose legal y fundamentalmente a las mismas". De esta manera, no solo se viola la autonomía interna, sino que se atenta, también, contra la buena administración de justicia.

En este aspecto es clara la diferencia del sistema adoptado por nuestro legislador en comparación con el sistema francés. Si bien en este último, el Fiscal está obligado a formular requisitoria escrita de acuerdo con las instrucciones recibidas, tiene plena libertad para expresar sus convicciones, oralmente, durante el juzgamiento (art. 33 C. I. C: francés). Esta autonomía relativa se expresa en el adagio " si la plume este serve, la parole est libre". Esperemos que la autonomía interna reconocida a los miembros del M.P. no tenga la misma suerte que la de la autonomía relativa francesa. Los juristas galos son casi unánimes en afirmar que la eficacia del principio de la libertad de palabra es más aparente que real. En el sistema español, cuando un fiscal recibiera una orden o instrucción del superior que considera improcedente o contrario a las leyes, se lo hará saber a su fiscal jefe mediante informe razonado. De ratificarse el superior en sus instrucciones, "lo hará por escrito razonado con la expresa relegación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento..." (art. 27 E.O.M.F.).

Esta interpretación restrictiva de la segunda parte del artículo que comentamos concuerda con lo dispuesto en la primera parte de la misma norma. Aceptar lo contrario implicaría la negación de la autonomía interna. El criterio y la voluntad del superior prevalecería en todo caso sobre la del inferior, diluyéndose la responsabilidad que a éste corresponde. En este campo, los miembros del M.P. gozando de las mismas garantías que los miembros del Poder Judicial.

Petición de informaciones a entidades públicas.

Art. 6.- Cuando fuere necesario para el eficaz ejercicio de las acciones y recursos que competen al Ministerio Público, el Fiscal de la Nación podrá dirigirse solicitando, por escrito, a los Presidentes de las Cámaras Legislativas y de la Comisión Permanente del Congreso, de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de Justicia, a los Ministros de Estado y, en general, a los organismos públicos autónomos, personas jurídicas de derecho público interno, empresas públicas y cualesquiera otras entidades del Estado, las informaciones y documentos que fueren menester. Las solicitudes serán atendidas, salvo que se trate de actos no comprendidos en la segunda parte del artículo 87 de la Constitución y que, con su exhibición pudiere afectarse la seguridad nacional, a juicio del organismo de mayor jerarquía de la correspondiente estructura administrativa.

Fuentes:

L.P.G. Méx. 1974. Art. 8.- L.O.M.P. Venez. 1970. Art. 6, inc. 17 y 39.- Proy. L.O.D.P. España 1979. Art. 22

Comentario:

El F.N. puede pedir a los Poderes Legislativo y Judicial, a los Ministros de Estado, a los Organismos Públicos autónomos y demás entidades del Estado, las informaciones y los documentos necesarios para el eficaz ejercicio de las acciones y recursos que competen al M.P. Aunque no han sido mencionadas, expresamente, otras instituciones (p.ej. el Poder Electoral), no significa que el F.N. no pueda hacerles el mismo pedido. El funcionario responsable (Presidentes de Cámaras legislativas, Presidentes de Cortes Superiores de Justicia, etc.) debe acceder a lo solicitado por el F.N., salvo que pudiera afectarse la seguridad nacional. Esto lo decide el organismo máximo del Sistema de Defensa Nacional. Dada la importancia de esta decisión, se ha debido establecer, explícitamente, en la ley el organismo encargado de tomar esta decisión. Sin embargo, esta limitación debido a la seguridad nacional no funciona en cuanto a las normas del Estado; pues, el art 87, segundo párrafo, de la Constitución, estatuye que la "publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado".

El funcionario requerido para que proporcione las informaciones o los documentos

no puede, por el contrario, negarse a hacerlo por considerar que no son necesarios para que el M.P. ejercite sus acciones o recursos. El F.N. deberá determinar, prudente y oportunamente, la necesidad de tal información o documento para el caso concreto.

Esta norma, al facultar sólo al F.N. para formular tales solicitudes, presupone que los demás Fiscales deben dirigirse a él para pedirle haga tal solicitud.

La función de los fiscales de aportar la prueba en las acciones que ejerciten, se verá notablemente limitada por la imposibilidad de dirigirse, directamente, a los organismos y entidades públicos para conseguir la información o documentación pertinente. En el art. 74 se ha debido señalar que, en la investigación sumaria iniciada con ocasión de admitirse una queja, el Fiscal investigador (designado por el F.N.) puede dirigirse al organismo administrativo afectado para que se emita el informe respectivo. En los procedimientos judiciales, los fiscales podrán ofrecer como pruebas los informes o los documentos que posean las entidades mencionadas en el art. 6. Será el Juez o el Tribunal el que oficie a dichas entidades para que informen o remitan los documentos. La situación es delicada, por ejemplo, cuando se trate de la investigación preliminar a la formalización de la denuncia (art.94, inc.2). El documento o la información de la entidad estatal que confirmaría la necesidad de formular la denuncia penal sólo podría obtenerse mediante la intervención del F.N., conforme al artículo que venimos comentando.

Exhortaciones del Poder Ejecutivo al M.P.

Art.7.- El Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministro de Justicia, puede hacer exhortaciones a los miembros del Ministerio Público, en relación con el ejercicio de sus atribuciones.

Si éstos no las considerasen procedentes las elevarán, en consulta, al Fiscal de la Nación, quien la absolverá de inmediato o la someterá a la decisión de la Junta de Fiscales Supremos, según fuere la naturaleza del asunto consultado.

Comentario:

Debido a la autonomía externa del M.P. (no sometimiento ni subordinación a los Poderes del Estado)), el Poder Ejecutivo no puede inmiscuirse en la marcha y el funcionamiento del M.P. Tampoco está facultado a hacerlo el Poder Legislativo. Este puede en cumplimiento de sus funciones dictar leyes -disposiciones generales- reorganizando, orientando o reforzando el M.P. Mediante la modificación de la Constitución, puede hasta eliminarlo. Pero no puede, sin afectar la autonomía del M.P., tomar acuerdos que constituyan una directiva o mandato respecto a la manera como debe actuar uno de los órganos del M.P. la ley no dice nada, expresamente, sobre las relaciones del M.P. con el Poder Legislativo. Lo contrario sucede en relación con el Poder Ejecutivo.

La Constitución confirma la autonomía externa del M.P.; así como la del Poder Judicial, cuando niega a Senadores o Diputados la posibilidad de solicitar a cualquier fiscal "datos e informes que estima(n) necesarios para llenar su cometido" (art.179). Pero, todo representante puede, en uso de las atribuciones constitucionales, opinar y tomar iniciativas respecto a la manera de proceder del M.P. Ante una prohibición de salir del país dirigida contra un Senador, dictada por el F.N. al considerarlo como presunto autor de diversas infracciones económicas, la Comisión Permanente del Parlamento hizo bien en limitarse⁴ a defender los fueros parlamentarios y a determinar las atribuciones del M.P. En la declaración que formuló la Comisión Permanente expresó, que un parlamentario "no puede ser limitado en sus derechos fundamentales de ciudadano sino por orden judicial, y por su condición de senador no puede ser procesado sin previa autorización (ante juicio). Al mismo tiempo señaló que esta declaración no afecta las investigaciones que conduce el M.P. que deben hacerse con la independencia y firmeza que requiere la moralización del país y que la ley garantiza" (Diario "El Observador", Lima 4 de marzo de 1982, p.2). El Ministerio Público no tiene función coercitiva; no puede

ordenar la detención de una persona (posibilidad que a título de excepción se encuentra en el

E.O.M.F. de España, art. 5, pf. 2 in fine), ni disponer el seguimiento ni la vigilancia policial, por constituir atentados contra derechos constitucionalmente reconocidos. Sin embargo, puede disponer de la libertad de un detenido cuando con ocasión de conocer un atestado policial, archiva la denuncia o cuando formalizando esta, resultado evidente que el detenido es persona distinta del denunciado. Diferente es el caso en que el F.P. al formalizar la denuncia ante el órgano jurisdiccional, dispone de la libertad del detenido por considerar que -tratándose de un delito de poca gravedad- le habrá de corresponder mandato de comparecencia, evitando de esta manera, una prolongación de la privación de la libertad del detenido, además de considerar que el plazo constitucional de 24 horas puede haber vencido. Esta actitud del F.P. ha sido cuestionada por el órgano judicial y no le falta razón. El juez es el director de la instrucción y le corresponde determinar la situación jurídica del denunciado al momento de calificar la denuncia y abrir instrucción. Sin embargo, no creemos que esto pueda constituir un conflicto de facultades. De allí que algunos jueces instructores no han objetado tal actitud. Ello permite reconsiderar el asunto y reflexionar si no sería conveniente, desde una perspectiva de actuación funcional conjunta, la existencia de una coordinación previa entre ambos órganos sobre tales supuestos en circunscripciones con elevada tasa de delincuencia.

Acentuando la autonomía externa del M.P., la disposición comentada señala que el Poder Ejecutivo sólo podrá exhortar a los miembros del M.P. con referencia al ejercicio de sus atribuciones. Es decir, tratar de persuadirlos mediante razones para que hagan o dejen de hacer algo. Estas exhortaciones deben hacerse mediante el Ministerio de Justicia que cumple una función de nexo entre el Poder Ejecutivo, de un lado, y el poder Judicial y el M.P., de otro lado. Las exhortaciones deben revestir un carácter general, aun cuando sean motivadas por un caso concreto. Su finalidad, debe ser, por ejemplo, la materialización de una Política penal o judicial racional y eficaz. En ningún caso puede tratarse de mandatos para que el Fiscal actúe de una manera determinada en proceso concreto que está conociendo.

Sin duda alguna, esta facultad reconocida al Poder Ejecutivo es potencialmente peligrosa para la autonomía del M.P. Esto dependerá del uso mesurado que de ella se haga y de la manera que reaccionen ante tales exhortaciones los miembros del M.P. Si por evitarse problemas, las van a recibir como si fueran mandatos u órdenes, la autonomía del M.P. se vería seriamente amenazada. Por esto, en el párrafo segundo del artículo analizado, se da la facultad a los Fiscales para elevar en consulta al F.N., la exhortación que consideran improcedente. El F.N. puede de un lado, absolver de inmediato la consulta; o, de otro lado, someterla a la decisión de la Junta de Fiscales Supremos. Esto último dependerá de la naturaleza del asunto consultado, y es potestad del F.N. decidir al respecto. De esta manera, la ley hace de cada Fiscal un guardián de su propia autonomía.

Regímenes de excepción y actividad del M.P.

Art.8.- La declaración por el Presidente de la República de los estados de emergencia o de sitio, en todo o en parte del territorio nacional, no interrumpirá la actividad del Ministerio Público como defensor del Pueblo, ni el derecho de los ciudadanos de recurrir o acceder a él personalmente, salvo en cuanto se refiera a los derechos constitucionales suspendidos, en tanto se mantuviere vigente la correspondiente declaración; y sin que, en ningún caso, interfiera en lo que es propio de los mandos militares.

Comentario:

El normal desenvolvimiento de la vida del país y la vigencia del ordenamiento jurídico pueden ser afectados de manera que sea necesario el establecimiento de un

régimen de excepción en todo o en parte del territorio. Este régimen de excepción es decretado por el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministres. De esta decisión dará cuenta al Congreso o la Comisión Permanente. Dos casos son previstos en el art. 231 de la Constitución. El primero, es el estado de emergencia, en el que pueden suspenderse las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio (art.2, incs. 7, 9, 10 y 20, pf. "g"). Su establecimiento procede en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afectan la vida de la Nación. El segundo, es el Estado de Sitio; en el que, por la gravedad de la situación, se suspenden todas las garantías personales, salvo las que se especifican en el decreto respectivo. Los casos en que se procede son los de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente. La actividad del M.P. durante la vigencia de estos regímenes de excepción, será restringida sólo en relación con los derechos constitucionales suspendidos. El requerimiento hecho al fiscal para que intervenga en favor de uno de los derechos suspendidos no puede prosperar porque no puede ser amparado. El M.P. no puede tampoco intervenir respecto a la corrección o conveniencia del decreto que estable el régimen de excepción. Además, no podrá interferir en lo que es propio de los mandos militares. Esta expresa mención a la actividad de los mandos militares que toman a su cargo, de manera decisiva, la situación del país, se justifica en la medida en que se refiere a las decisiones, medidas y actividades de la función militar. Sin embargo, su intervención es obligatoria si alguna de estas decisiones o actividades afectan uno de los derechos constitucionales mantenidos en vigencia. Es decir, se trata del mantenimiento de los mecanismos de garantía de los derechos de la persona aun en casos de emergencia nacional o local.

Función penal del M.P. y dirección policial

Art.9.- EL Ministerio público, conforme al inciso 5° del Artículo 250° de la Constitución Política, vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. Con este objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación. El Ministerio Público interviene en ella orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y la supervigila para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal.

Igual función corresponde al Ministerio Público en las acciones policiales preventivas del delito.

Fuentes:

L.O.M.P. México. Art. 30 inc. 1. Ordenamiento Judicial de Italia. 1941. Art. 83.- Proyecto Sust. C.P.P. arts. 66-68.

Comentario:

Según el art. 277 de la Constitución, las Fuerzas Policiales están constituidas por la Guardia Civil, la Policía de Investigaciones y la Guardia Republicana: Sus finalidades fundamentales son mantener el orden interno; preservar y conservar el orden público: garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad de las personas y el patrimonio público y privado; así como de prevenir y combatir la delincuencia. La referencia general a las Fuerzas Policiales en la norma constitucional y en el artículo comentado, complicó la situación ya existente y agudizó la tensión entre las diversas instituciones policiales. El conflicto se daba, sobre todo, entre Policía de Investigaciones y Guardia Civil; y, en particular, respecto a la demarcación de los dominios de actividad de ambas. En la práctica, se presenta una competencia negativa y una falta de coordinación que van de un detrimento de la eficacia de la lucha contra la delincuencia. De allí que se haya planteado, un hasta ahora sin éxito, la organización de un comando conjunto de las Fuerzas Policiales. Para hacer frente a estos problemas graves, ha sido necesario modificar el art. 277 de la Constitución: mediante la ley 24949 de 24 de noviembre de 1988 se ha unificado las Fuerzas Policiales en la denominada Policía Nacional.

La organización y las funciones de cada cuerpo policial están regulados en sendas Leyes Orgánicas. Fuera de estas normas, se ha reglamentado el artículo 9 de la presente ley, mediante el artículo 4 del

D.S. 005-81-JUS (ver pág.255). Disposición modificada inmediatamente en la parte que reconocía, igualmente, a la Guardia Republicana competencia para investigar delitos.

La actividad policial en el dominio de la lucha contra la delincuencia es de orden preventivo y represivo. El M.P. interviene en ambos dominios de la actividad policial. Así, por ejemplo, debe orientar y vigilar las batidas; es decir, el reconocimiento de algún paraje en busca de malhechores. Su intervención debe servir para evitar excesos y la violación de los derechos de las personas. De otro lado, no significa que pueda el M.P. substituir al juez en los casos en que éste debe intervenir. Por ejemplo, autorizar el ingreso en un domicilio particular, sin permiso de Titular y cuando no se trate de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración (Const. art. 2, inc. 7).

En el aspecto represivo de la delincuencia y, más específicamente, en la investigación del delito, las Fuerzas Policiales realizan una indagación previa a la judicial. El M.P. vigila e interviene desde el inicio de esta investigación; facultad que tiene su sustento en el hecho de ser el M.P. titular de la acción penal. Su intervención consiste en orientar a las Fuerzas Policiales en relación a las pruebas que sean necesario actuar. Su actividad de vigilancia (el texto comentado, se refiere a supervigilancia) tiene como objeto que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal. (cf. Const. art. 250, inc. 5).

La ley no menciona la Policía Judicial. tampoco se han derogado expresamente las disposiciones del C.P., que regulan la organización y funcionamiento de dicha Policía. En la práctica, la Policía Judicial es parte de la Policía de Investigaciones; pues, en ningún momento ha sido organizada como cuerpo policial autónomo. La exposición de motivos de la ley (p. 69) se refiere a que la Policía Judicial permanece como auxiliar y dependiente del Poder Judicial. La incongruencia de esta solución aparece cuando se tiene en cuenta que la función asignada a la Policía Judicial (art. 59 del C.P.P.) es investigar los delitos y las faltas, así como descubrir a los responsables para ponerlos a disposición de los jueces con las pruebas y efectos incautados. En decir, son las mismas funciones atribuidas a las Fuerzas Policiales conforme lo hemos visto anteriormente.

La razón de fondo de esta disposición comentada es dar validez al atestado policial, que en el C.P.P. se le reconocía el valor de mera denuncia /ver: exposición de motivos del proyecto p. 69).

El gobierno militar modificó este artículo, preocupado por la permanente impugnación que se hacía del referido documento policial, en el sentido que podrá ser apreciado, en la oportunidad que corresponda, de acuerdo a las reglas de la crítica (D.L. 21895, art. 1). Posteriormente y para afirmar la actuación del M.P. en la investigación policial, conforme a lo dispuesto por la Constitución (art. 250 inc. 5) y la L.O.M.P. (artículo que comentamos), se modificó nuevamente el art. 62 del C.P.P. por el D. Leg. 126, para precisar que la investigación policial realizada con la intervención del Ministerio Público "constituye elemento probatorio que será apreciado en su oportunidad por los Jueces y Tribunales". De esta manera y sólo con la intervención del Ministerio Público, el atestado policial adquiere valor probatorio. Sin embargo, ha de precisarse que la concurrencia del F.P. a algunas de las diligencias policiales (declaraciones, incautaciones, intervenciones, etc.) no convalida todo el atestado policial sino sólo aquellas en las que ha realmente participado. Las insuficiencias materiales y personales del M.P. en relación primero, al volumen de denuncias y procesos y, segundo, a la

naturaleza de la actividad policial y del proceso penal, van a impedir, en la práctica, una real y eficaz intervención y vigilancia del M.P. que es la única razón que podría legitimar al Atestado Policial como elemento probatorio de la responsabilidad de un procesado.

Investigación policial e intervención del M.P.

Art. 10.- Tan luego el Fiscal Provincial en lo penal sea informado de la detención policial de persona imputada de la comisión de delito se pondrá en comunicación, por sí o por medio de su Adjunto o de su auxiliar debidamente autorizado, con el detenido, para el efecto de asegurar el derecho de defensa de éste y de los demás, según le reconocen la Constitución y las leyes.

Comentario:

La intervención del M.P. en la investigación policial, regulada de manera general en la disposición anterior, se materializa, en muchos casos, con la concurrencia del F.P. al local policial donde se encuentra el detenido como sospechoso de ser autor de un delito. Su intervención debe tener lugar tan luego sea informado por la Policía. El F.P. podrá delegar a su Adjunto o a su Auxiliar, debidamente autorizado, el cumplimiento de esta obligación. Esta expresa disposición de la ley dispone que el Fiscal o su representante concorra personalmente al lugar de detención. La finalidad es doble: primero, asegurar el derecho de defensa del detenido (ver art. 94 inc. 1 L.O.M.P.). No es suficiente, por tanto, nombrar de oficio y por teléfono a un abogado defensor de oficio. Segundo, asegurar los demás derechos reconocidos constitucionalmente. Por ejemplo, que la Policía cumpla con poner al sospechoso a disposición del Juez Instructor dentro de las 24 horas de su detención. El sólo conocimiento por el Fiscal no convalida ni legitima una detención que sólo puede ser ordenada por autoridad judicial, conforme al art. 2, inc. 20, pf. "g" de la Constitución.

Este criterio parece no ser admitido por los fiscales. Al menos esto se revela en la manera como han ejercido sus atribuciones en diversos casos. Señalemos uno, que por su importancia fue de notoriedad pública. Se trata del caso del senador Mario Polar, comprendido en una investigación como supuesto responsable de infracciones económicas. En esa ocasión, la Comisión de Constitución del Senado, afirmó, en su informe No. 199-82-S, del 1 de marzo de 1982, que el M.P. "no tiene facultad para ordenar la detención de un ciudadano ni mucho menos recortar el derecho ni la libertad de tránsito de ninguna persona". (Diario "El Observador", Lima 4 de marzo de 1982, p. 2).

Por otra parte, la intervención del M.P. en la investigación judicial, también tiene como finalidad el ejercicio oportuno y fundamentado de la acción penal. El hecho de que el F.P. ha tomado conocimiento previo de la actuación policial va a significar una adecuada y decidida intervención desu parte en la instrucción.

El M.P. titular de la acción penal pública.

Art. 11.- El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquéllos contra los cuales la ley concede expresamente.

Fuentes:

C.P.P. Italiano. 1930. Art. 39 y ss.- Código Nacional Argentino. 1960. Art. 118.- Proyecto Uniforme en Materia Procesal Penal. Clariá Olmedo. 1967. Art. 469.

Comentario:

Esta disposición modifica sustancialmente la ley procesal al reconocer la prioridad del M.P. en el ejercicio de la acción penal.

En el C.P.P. se le reconocía sólo como uno de los que podían incoar la acción penal ante

el Juez Instructor juntamente con el agraviado, sus pariente o cualquier persona en caso de delito inmediato (art. 74). Además, el J. I. podía iniciar la instrucción de oficio al enterarse de un delito perseguible de oficio (art. 75). El Juez Instructor era el receptor directo de las denuncias. Ahora lo es el M.P. Es él, quien luego formalizará la denuncia ante el Juez (ver art. 94, inc. 2). En caso de que el M.P. conozca el hecho delictivo por el agraviado o su pariente, no está obligado a presentarla ante el Juez, como lo establecía el art. 45, inc. 1, del C.P.P. Ahora puede dejar de denunciar bajo su responsabilidad (art. 12 de la presente ley). Esto no significa que se haya incorporado a nuestro sistema procesal el principio de la "oportunidad de la persecución penal". Es decir, que, si el hecho denunciado constituye delito y que su comisión es verosímil, el fiscal debe denunciar para que se compruebe judicialmente su realización y la responsabilidad del supuesto autor.

La redacción de la ley es defectuosa en cuanto habla de "acción penal pública". En realidad, el M.P. es titular del ejercicio público de la acción penal. Este ejercicio puede originarse, primero, cuando su representante se entera de la comisión de un comportamiento delictuoso y actúa de propia iniciativa al denunciarlo (de oficio); segundo, cuando el agraviado o sus parientes (no mencionados en la ley erróneamente) ponen en conocimiento del Fiscal el hecho de que ha sido víctima (a instanciaprivada); y, tercero, cuando cualquier persona por acción popular le hace conocer que un delito viene de ser cometido (delito de comisión inmediata o flagrante) o en los casos en que la ley la conceda expresamente.

Se trata de prioridad y no de monopolio de la acción penal, porque, de un lado, no se excluye - e manera expresa - la posibilidad que el juez abra instrucción de oficio (sin previa denuncia fiscal) y, de otro lado, subsiste el ejercicio privado de la acción penal (por ejemplo, la querrela). Esto se desprende del art. 107 de la presente ley, que modifica el art. 74 del C.P.P., "en el sentido de que la instrucción sólo puede iniciarse de oficio o por denuncia del M.P., cuando la acción penal es pública, y del agraviado o sus parientes, cuando es privada". Al hacerse referencia al inicio de oficio es evidente que sólo puede tratarse de la iniciativa directa del Juez Instructor. Así éste puede comprender en la instrucción al encausado por un delito, aun cuando éste no hubiera sido denunciado por el M.P. (Sentencia del 4 T.C.L. de 25 de junio de 1987, Exp. 144-87). En la exposición de motivos (p. 72) de la ley comentada se acepta este criterio. A manera de ejemplo, podemos señalar que el Juez Instructor podrá ampliar la instrucción contra otras personas, o en relación con otros delitos, sin necesidad de denuncia previa del Fiscal. Sin embargo, en la práctica existe la tendencia de los jueces a remitir la instrucción al F.P. a fin de que amplíe la denuncia. El Tribunal Correccional puede ordenar, en la sentencia, se abra instrucción contra quién aparezca como responsable y no haya sido perseguido o, igualmente, contra el testigo que hubiese declarado falsamente (art. 257 C.P.). Para tales efectos, conforme a lo dispuesto por el art. 265 del C.P.P. si el Fiscal pide la apertura de instrucción, el T.C. accederá a ese pedido; consecuentemente, se remitirá copia autenticada de la resolución y de las piezas pertinentes, al F.P. de turno para el ejercicio de la acción penal (primer párrafo); si el Fiscal no hiciere tal pedido, el T.C. elevará en pieza separada copia de lo actuado al

F.S.P. para la consulta respectiva (segundo párrafo, ver Ej. de 2 de diciembre de 1981, Exp. 1081-81 Cuzco).

Trámite de la denuncia y control jerárquico.

Art. 12.- La denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior. Si éste la estimase procedente instruirá al Provincial para que la formalice ante el Juez Instructor competente. Si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al

denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el inmediato superior dentro del plazo de tres días de modificada la resolución denegatoria. Consentida la resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del superior en su caso termina el procedimiento.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 344 inc. 9. C.P.P. arts. 43, 44 y 45 incs. 1 y 5.

Comentario:

La denuncia ante el Fiscal puede ser oral o escrita (art. 94, inc. 2). El denunciante puede recurrir al F. Sup. o al F.P. La denuncia puede ser rechazada o aceptada de plano. En el primer caso, el Fiscal, ante quién se presentó la denuncia, debe, por escrito, comunicarlo al denunciante. Esta decisión debe ser debidamente fundamentada. Si el denunciante no está conforme con la decisión puede recurrir en queja ante el superior correspondiente: F. Sup. o F.S. en lo penal. En los distritos judiciales donde existan dos o más Fiscales Superiores, el competente debe ser el que está de turno en el momento de la presentación de la denuncia. Así se pueden limitar ciertos abusos procesales. Originalmente, no se había señalado el plazo en el que el denunciante podía recurrir contra la resolución denegatoria del Fiscal. Este plazo se cuenta a partir del día de la notificación escrita de la resolución denegatoria. Si el denunciante no hace uso de tal prerrogativa, el Fiscal ante quien se interpuso la denuncia dará por consentida la resolución y dispondrá el archivamiento de esta. Procederá al archivo, si el superior jerárquico coincide con su pronunciamiento. Esta resolución también deberá de ser comunicada por escrito al denunciante.

Contra lo resuelto por el Superior no procede recurso alguno, ni mucho menos nueva queja contra esta resolución en base, llegado el caso, de tratarse de un delito en agravio del Estado, como si en estos procediera la consulta de oficio.*

Si la denuncia es admitida de plano por el F.P., éste la formalizará ante el Juez Instructor de turno. Tratándose del F. Sup., éste deberá instruir al F.P. para que formalice la denuncia. Pero el Fiscal puede igualmente, abrir investigación policial para reunir prueba indispensable. Así lo establece, expresamente, el art. 94, inc. 2°, de la presente ley, sólo en relación con el F.P. La defectuosa redacción del art. 12, ha de ser interpretada en el sentido que las instrucciones que dé el F.Sup., al considerar procedente la denuncia, pueden consistir en indicarle que reúna, previamente, las pruebas necesarias mediante una investigación policial.

Con este procedimiento -queja al F. Sup. en casos de denegatoria- se busca garantizar el principio del doble grado, instaurándose un control jerárquico, del que está marginada la judicatura; pues el monopolio de la denuncia y la titularidad de la acción penal corresponde al M.P.

Sin embargo, resulta lamentable que la preocupación del legislador al modificar esta norma, no se haya hecho extensivo a otros supuestos también referidos al plazo. Así, no existe término máximo para que el Fiscal se pronuncie sobre la denuncia formulada. No es infrecuente que ésta puede permanecer en el despacho del Fiscal durante meses, aún años, sin que haya recaído pronunciamiento. En estos casos, el denunciante carece de amparo legal para exigir del Fiscal la resolución respectiva. El art. 13 de esta ley puede ser invocado en estos casos, por considerar que el Fiscal "no ejerce debidamente sus funciones"; sin embargo, una interpretación restrictiva de dicha norma limitaría su alcance sólo al "inculpado o agraviado", dentro de un proceso penal ya iniciado. Podría optarse, por otro lado, en recurrir a lo dispuesto por el art. 15 inc. 4 del Reglamento de sanciones disciplinarias, en cuanto se trata de "manifiesta negligencia o incumplimiento de las obligaciones o ejercicio de las atribuciones" del Fiscal. Empero, ambas alternativas difícilmente lograrán el objetivo deseado por el interesado que espera prontitud en la tramitación de su denuncia.

Queja contra fiscales. Control interno

Art.13°.- El inculpado o el agraviado que considerase que un Fiscal no ejerce debidamente sus funciones, puede recurrir en queja al inmediato superior, precisando el acto u omisión que la motiva. El superior procederá, en tal caso, de acuerdo con las atribuciones que para el efecto le confiere la ley.

Fuentes:

C.P.P. arts. 44 y 78.

Comentario:

En armonía con su autonomía y organización jerarquizada, la ley ha instaurado el control interno del desempeño funcional de sus miembros. Este control lo ejercen los miembros de superior jerarquía en relación con los inmediatamente inferiores. Aquí se trata de un recurso del interesado en contra del indebido desempeño funcional de un Fiscal. El caso regulado en el artículo anterior y en el artículo 265 del C.P.P., constituye un problema de orden procesal que puede tener otras implicancias, si el F.P., por ejemplo, no formaliza la denuncia penal debido a negligencia en el cargo. El término "queja", utilizado en esta disposición como en el artículo precedente, no tiene la misma significación. En el segundo caso existe una gran similitud con la queja de derecho de la legislación procesal (art. 297 C.P.P.).

En la presente disposición, se establece el mecanismo general. Con este objeto, se reconoce al inculpado o al agraviado, descontento de la manera como el Fiscal ejerce sus funciones, el derecho de quejarse ante su superior jerárquico. Aunque no lo señala la ley, es de admitir que la queja puede ser verbal o escrita, como sucede con la denuncia que se formula ante él. En la queja, el denunciante debe precisar el acto u omisión que la motiva. En el Reglamento del Capítulo 2° del Título II de la ley (ver: infra p.), se ha fijado en detalle el Trámite que deben seguir la queja o la denuncia formulada contra un miembro del M.P.

El superior jerárquico que recibe la queja, en caso de considerarla fundada, la presentará al F.N. de acuerdo con el art. 53 de esta misma ley. Las facultades disciplinarias del superior jerárquico son limitadas a los casos de conocimiento del expediente judicial con ocasión del trámite procesal (ver arts. 54 y 92 inc.3).

La mención del agraviado y del inculpado limita la aplicación de esta disposición a los casos penales. Además, restringe la posibilidad de que cualquier otra persona puede interponer dicha queja. Esto, sin embargo, debe ser concordado con las disposiciones de la ley referentes a las responsabilidades y sanciones (art. 51 y s.). En el presente caso, cabe preguntarse, por qué no podría hacerlo el tercero civilmente responsable.

Los jueces y tribunales pueden quejar o denunciar al Fiscal ante el F.P. para que lo sancione disciplinariamente o le inicie la acción judicial correspondiente (arts. 52 y 66, inc.5 L.O.M.P.). Los miembros del Poder Judicial no están, pues, facultados para quejarse del Fiscal que actúa con ellos ante el superior jerárquico. Deben hacerlo ante el F.N. La ley no establece una vía especial, lo que significa que procede hacerlo directamente.

La actividad disciplinaria del M.P. se encuentra parcialmente regulada en el Capítulo II del Título Segundo de la presente ley, así como los artículos 58, inc. 3, y 92, inc. 3. El Fiscal puede ser sancionado, separado del proceso o consultado ante la Junta de Fiscales Supremos, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida.

Carga de la prueba

Art. 14°.- Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles,

penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie. Los jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que la respectiva ley les otorga, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al fiscal que actúe en el proceso de que conocen a las diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio. También será notificado dicho Fiscal con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 331.- Proy. C.P.P. 1974. Art. 34, incs. 2 y 3.

Comentario:

El M.P. tiene facultades para ejercitar la acción no sólo en el dominio penal. Puede, también, iniciar procesos en materia civil, tutelar de menores y disciplinaria. Consecuencia lógica es que aporte las pruebas respecto a la veracidad de los hechos en que sustenta el ejercicio de la acción. En el ámbito penal, la situación es clara; pues, la carga de la prueba recae sobre el organismo represor. El procesado no debe probar su inocencia, sino que se le debe demostrar su culpabilidad.

De acuerdo con el C.P.P. (art. 49) el Juez Instructor es el director de la instrucción, correspondiéndole la iniciativa en su organización y desarrollo. El objeto de la instrucción, es reunir la prueba sobre el delito y su autor (C.P.P. art. 72). Al M.P. se le reconoce la atribución de dirigirse a todas las autoridades políticas y a la policía judicial para que hagan comparecer a las personas cuya concurrencia estime indispensable; le proporcionen los datos y elementos necesarios (art.45, inc.4). Mediante la presente ley, se aumenta esta atribución del M.P., sobre quién se hace recaer la carga de la prueba; le da facultades sobre las Fuerzas Policiales y hasta la iniciativa de abrir la investigación policial. El texto legal comentado limita los casos a aquellos en que el M.P. ejercite la acción. Sin embargo, el Juez Instructor continúa siendo el director y responsable de la instrucción. A él le corresponde la iniciativa, no pudiendo limitarse a una actividad pasiva. No podrá hacer depender la marcha del proceso de la intervención del M.P. Tampoco deberá suceder lo acontecido hasta ahora, en que el M.P. no ejerció las atribuciones que le reconocía el Código procesal, limitando su intervención a emitir dictámenes finales y los demás ordenados por la ley. Deberá transformarse en una institución dinámica que determine, muchas veces, el ritmo de la investigación.

El M.P. no Tiene el monopolio de la prueba. El Juez -de oficio- y las otras partes del proceso pueden actuar y presentar pruebas, respectivamente. Además, el juez es - en tanto que director y responsable de la instrucción- quien decide sobre la actuación de una prueba ofrecida por el procesado y aun por el M.P. En todo caso, el M.P. debe ser citado a la diligencia de actuación de la prueba. La ley agrega que también deberá ser citado a las demás diligencias fundamentales. En líneas generales, esto es válido, también, en los procesos disciplinarios y en los tutelares de menores, salvo las notas de peculiares de ambos sectores jurídicos.

La eficacia y bondad de la intervención del M.P. dependerá de su organización y suficiencia para dirigir y controlar directamente el recojo de los elementos probatorios. Si esto queda, en la práctica, en manos de la Policía cuya actividad el M.P. no ha dirigido ni vigilado realmente, el proceso judicial perdería las mínimas garantías que hasta ahora brinda. Al mismo tiempo no sería alcanzada la meta de acelerar el proceso y de aumentar su eficacia, evitando la repetición de diligencias, que se pretende lograr mediante el aumento de las facultades de los fiscales en el dominio de las pruebas.

La carga de la prueba en las acciones civiles está limitada por la propia naturaleza del proceso. esta marcha, fundamentalmente, a iniciativa de parte, una de las cuales es el M.P.

Mediante la expresión diligencias fundamentales, la ley hace referencias a otras que no

sean las de actuación de pruebas. Estas son mencionadas expresamente en el artículo que comentamos. Como ejemplos de diligencias fundamentales, señalemos: la instructiva del procesado, la inspección ocular, la reconstrucción del delito, etc. El Juez o autoridad administrativa deberá discriminar prudentemente las diligencias decisivas en el proceso, evitando aplicar un criterio restringido que obstaculice o neutralice la función del M.P.

De modo general, y bajo sanción de nulidad, se obliga al Juez o funcionario a notificar las resoluciones que se expidan en el proceso. Al no establecerse ningún distingo, es de comprender que la ley se refiere a toda resolución (sentencias, autos, decretos). Esto puede constituirse en un verdadero lastre del proceso; sobre todo, si la omisión de notificación es causal de nulidad. Es exagerado que la notificación de un decreto, de mero trámite, pueda tener tal sanción.

Prerrogativa del antejuicio

Art.15°.-El Fiscal de la Nación y los Fiscales Supremos, de acuerdo con el Artículo 251°, concordante con los artículos 183° y 184° de la Constitución Política, tienen la prerrogativa procesal del antejuicio.

Fuentes:

Proy. L.O.P.J. 1974. Art. 73.- Proy. Arts. 10 y 17.- L.O.P.J. art. 114.- L.O.M.P. arts. 36, 37, 51, 64, 66, incs. 2-6, 81.

Comentario:

Los miembros del M.P. gozan de las mismas prerrogativas que los miembros del Poder Judicial (art.251 de la Constitución). Una de estas prerrogativas es el privilegio del antejuicio en favor del F.N. y F.S. Es un privilegio en relación con el cargo y no a las calidades de las personas. Estas son todas iguales ante la ley. Pero, teniendo en cuenta la autonomía del M.P. e índole de sus funciones, no pueden ser denunciados ni procesados sus miembros como cualquier persona. Si esto fuera así no estaría suficientemente

garantizada su independencia e imparcialidad. En caso de infracciones de la Constitución y de todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones (aun después de haber cesado éstas) el F.N. y F.S. deben ser, primero, acusados por la Cámara de Diputados ante el Senado (art. 183 Const.) quién declarará si hay o no lugar a la formación de causa. En el caso de infracciones de la Constitución y de todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones (aun después de haber cesado éstas), el F.N. y

F.S. deben ser, primero acusados por la Cámara de Diputados ante el Senado (art. 183 Const.) quién declarará si hay o no lugar a la formación de causa. En el primer caso, el acusado queda suspendido en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley (art. 184 Const.). Corresponde a la Corte Suprema conocer, en vía de jurisdicción originaria este tipo de procesos; los que serán tramitados conforme a las reglas del C.P.P. y de la L.O.P.J.

El procedimiento está constituido por tres etapas. La primera, es el antejuicio; la segunda, la instrucción a cargo del Vocal menos antiguo de la Sala Penal; y, la tercera, el juzgamiento oral por esta misma Sala. Contra sus resolución hay recurso de nulidad que será visto por la Primera Sala Civil de la Corte Suprema (C.P.P. art. 17). En caso de delito no cometido en el ejercicio de la función, del antejuicio se sigue el procedimiento ordinario.

Competencia de la Corte Suprema en procesos seguidos a miembros del M.P.

Art. 16.- Es competencia de la Corte Suprema conocer los juicios de responsabilidad civil que se sigan contra el Fiscal de la Nación o los Fiscales Supremos. Igual competencia

corresponde para los casos de responsabilidad civil o penal de los Fiscales Superiores.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 114, inc. 2.- Proy. L.O.P.J. 1974. Art. 73 inc. b).- Proy L.O.D.P. España. 1979. Art. 7 inc. 4.

Comentario:

Conjuntamente a la responsabilidad penal los miembros del M.P. también están sujetos a responsabilidad civil, resultante de los perjuicios que pueden producir - con ocasión del ejercicio de su cargo - a terceros (personas naturales o jurídicas, privadas o públicas). Esta responsabilidad civil es la proveniente de actos realizados por los mencionados fiscales en el ejercicio de sus funciones. En la primera parte de la disposición comentada, no se hace referencia a la responsabilidad penal; por cuanto, ésta ha sido materia del artículo precedente. Por el contrario, se hace alusión, en la segunda parte del presente artículo, a la responsabilidad civil y penal de los Fiscales Superiores; en razón a que ellos no gozan del privilegio del antejudio. Pero, es de entender, aun cuando la ley no lo dice expresamente, que se trata de responsabilidad proveniente de actos ejecutados en el ejercicio de la función.

Si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo siguiente, en relación con el F.P., debemos destacar que la ley comentada equipara, una vez más, a los jueces y fiscales. Conforme al artículo 1063 del C.P.C., la acción de responsabilidad contra los jueces se ventila ante el superior jerárquico. La L.O.M.P. no señala el trámite que debe seguir la acción de responsabilidad civil contra los fiscales. Este vacío debe ser completado por las normas del C.P.C. (Título XXII de la Sección segunda) y de la L.O.P.J. (art. 114, inc.2), concernientes al juicio de responsabilidad civil. Por esta razón, la responsabilidad civil comprende la indemnización de daño y perjuicios, y sólo puede hacerse efectiva a instancia del perjudicado (C.P.C. art. 1062). Además, sólo responden cuando proceden por dolo, culpa y negligencia o ignorancia inexcusables (C.P.C. art. 1661). El fundamento de esta equiparidad radica en la declaración constitucional de que "los miembros del M.P. tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías" (Const. art. 251, último párrafo).

En cuanto al trámite de los procesos penales contra un F. Sup., deberá seguirse, por las razones antes expuestas, el establecido en el art. 17 del C.P.P., en concordancia con el art. 114, inc. 1 de la L.O.P.J.

Para mayor claridad y con mejor técnica legislativa, ha debido hacerse referencia a las normas procesales que deberían aplicarse, Así, ha sido dispuesto, por el contrario, en el párrafo segundo del artículo siguiente.

Competencia de Cortes Superiores en procesos seguidos a los Fiscales Provinciales.

Art. 17.- Las Cortes Superiores de Justicia conocerán en primera instancia de las demandas o denuncias contra los fiscales Provinciales y los procedimientos son los establecidos en las leyes pertinentes.

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 139 inc. 4, 141 inc. 8.

Comentario:

Respecto a la responsabilidad civil o penal de los Fiscales Provinciales son competentes las Salas y Tribunales de las Cortes Superiores, de acuerdo a las reglas de la L.O.P.J. (arts. 139 inc. 4, 141 inc. 8). Los trámites se ceñirán a las pautas procesales de los códigos correspondientes. Reiteramos que esta disposición constituye, como las dos anteriores, la aplicación de la regla constitucional que señala que los miembros del M.P. tienen las mismas prerrogativas que los del Poder Judicial.

Prerrogativas y derechos sociales del M.P.

art. 18.- Los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas y sistemas de pensiones que establecen las leyes para los miembros del Poder Judicial en sus respectivas categorías.

Fuentes:

Const. Art. 251. Pf. penúltimo. L.O.P.J. art. 334.

Comentario:

Esta norma trata de dos aspectos diferentes. Uno relacionado con la naturaleza y el funcionamiento del M.P. El otro, está mas bien vinculado, sobre todo, con el aspecto administrativo laboral.

La igualdad de prerrogativas entre los miembros del Poder Judicial y del M.P., es un mandato constitucional. Siendo parte del Poder Judicial, antes de entrar en vigor la nueva Constitución y la L.O.M.P., sus miembros se encontraban en igualdad de condiciones reguladas en la misma. L.O.P.J. Ahora, las diferencias radican en sus funciones. La magistratura judicial es decisoria; la fiscal es de amparo y requeriente. Ambas están sujetas, sin embargo, a los principios de imparcialidad, objetividad y legalidad.

Esta regla general debió estar ubicada antes de las tres disposiciones precedentes, que no son sino casos específicos de la igualdad de prerrogativas aquí establecidas.

La referencia a la equiparidad de sistemas de pensiones debió figurar en disposición aparte.

Excusa de los miembros del M.P.

Art. 19.- Los Fiscales no son recusables; pero deberán excusarse, bajo responsabilidad, de intervenir en una investigación policial o en un proceso administrativo o judicial en que directa o indirectamente tuviesen interés, o lo tuviesen su cónyuge, sus parientes en línea recta o dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o por adopción, o sus compadres o ahijados, o su apoderado en el caso a que se refiere el artículo siguiente, inciso c).

Fuentes:

C.P.C. art. 111.- C.P.P. art. 41.- Proy. C.P.P. art. 90.

Comentario:

El M.P. no ejerce jurisdicción, no decide. Por esto sus miembros no son recusables; pero deben excusarse. Es decir, deben inhibirse de conocer o intervenir en una investigación policial, en un proceso judicial o administrativo cuando se presenten determinadas circunstancias. El art. 41 del

C.P.P. ya prevé la irrecusabilidad del M.P.

De acuerdo con la regla comentada, la excusa procede, primero, cuando el fiscal tiene interés directa o indirectamente; segundo, cuando tiene interés su cónyuge, sus parientes en línea recta o dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; tercero, cuando el interesado fuera su compadrea o ahijado. El caso de su apoderado en causa propia (art. 20 inc. c), se encuentra comprendido en la primera hipótesis.

Esta manera de regular la excusa del Fiscal es incompleta en relación a la forma como lo preveía el C.P.P. Por ejemplo, en el artículo analizado no se hace referencia al caso del Fiscal que ha presenciado el acto delictuoso y debe declarar como testigo; o el

caso del Fiscal que hubiere conocido el proceso en el ejercicio de un cargo inferior (art. 29, incs. 2 y 7 del C.P.P.) Como esta disposición no ha sido derogada. Se conserva en vigencia, en la medida que los casos previstos no están comprendidos en la norma que comentamos, en razón a la inexistencia de uno de los intereses en ella mencionados.

La necesidad de que un fiscal se inhiba cuando hubiere ya conocido del proceso, tiene su fundamento primero, en que el M.P. está jerárquicamente organizado (cf. a las instancias judiciales); y segundo, en que cada fiscal es titular de la autonomía interna del M.P. Si ésta no existiera y todo miembro del M.P. debiera sostener el mismo criterio del fiscal que lo precedió, sería indiferente que el funcionario haya ya conocido del proceso al que participa en otra instancia.

Cabría preguntarse, igualmente, si los procesados que han sido denunciados y perseguidos por un F.P., se sentirían tranquilos al constatar que este funcionario ha sido designado juez instructor; el mismo que debe culminar la investigación y dictar sentencia. Creemos que en aras de una buena administración de justicia y como rechazo a cualquier manifestación del sistema inquisitivo, dicho funcionario debería inhibirse de conocer esas causas. En una situación inversa, no vemos porqué el fiscal ex-juez instructor, no debería también inhibirse.

Impedimentos para ejercer el cargo de Fiscal.

Art. 20.-Los miembros del Ministerio Público no pueden:

a.- Desempeñar cargos distintos al de su función, que no sean los señalados expresamente por la ley.

b.- Ejercer actividad lucrativa o intervenir, directa o indirectamente, en la dirección o gestión de una empresa. Esta prohibición no impide la administración de los bienes muebles o inmuebles de su propiedad.

c.- Defender como abogado o prestar asesoramiento de cualquier naturaleza, pública o privadamente. Cuando tuvieren que litigar en causa propia que no tuviese relación alguna con su función, otorgarán poder.

d.- Aceptar donaciones, obsequios o ser instituido heredero voluntario o legatario de persona que, directa o indirectamente, hubiese tenido interés en el proceso, queja o denuncia en que hubiesen intervenido o pudieran intervenir los miembros del Ministerio Público.

e.- Aceptar mandatos, salvo de su cónyuge para actos que no tengan relación alguna con el ejercicio de su función, ni tengan por objeto hacerlo valer ante la administración Pública o el Poder Judicial.

f.- Comprar, arrendar o permutar, directa o indirectamente, bienes de persona comprendida en el inciso d) del presente artículo-

g.- Admitir recomendaciones en los asuntos en que intervienen o formularlas a otros fiscales, jueces o funcionario, o empleados públicos u organismos vinculados al Gobierno Central o a los Gobiernos Regionales o Locales.

h.- Intervenir, pública o privadamente, en actos políticos, que no sean en cumplimiento de su deber electoral.

i.- Sindicalizarse y declararse en huelga.

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 26.- Proy. L.O.P.J. 1974. Art. 14.

Comentario:

Este numeral señala las prohibiciones a que están sujetos los Fiscales. Se trata de las mismas que han sido, tradicionalmente, establecidas respecto a los miembros del Poder Judicial.

El inciso "a" estatuye la exclusividad en el ejercicio de la función fiscal. Los fiscales no pueden ejercer sino los cargos establecidos en la presente ley. Están impedidos de practicar otra actividad pública o privada, excepto la docencia universitaria. Esta incompatibilidad establecida en la Constitución (art. 243) para la función judicial es aplicable en virtud del art. 251, último párrafo de la misma carta Política.

Los incisos "b" "c" y "e" del artículo comentado constituyen regulaciones particulares de la incompatibilidad general reconocida en la norma constitucional. Así, establecen que no pueden desarrollar actividad lucrativa (directa o indirectamente), salvo la administración de sus propio bienes muebles o inmuebles; ejercer la abogacía en cualquier forma, aun en causa propia; y aceptar mandatos.

En los incisos "d" y "f", se prohíbe al Fiscal realizar determinados actos jurídicos con persona que hubiese tenido interés, directa o indirectamente, en un proceso, queja o denuncia en que hubiese intervenido o pudiese intervenir. De esta manera, se busca evitar la corrupción de funcionarios. Esta misma finalidad tiene el inciso "g" al precaver que el Fiscal no haga mal uso del cargo que desempeña, recomendando asuntos que conocen otros funcionarios o aceptando recomendaciones en asuntos que él conoce.

Los incisos "h" y "j" regulan las prohibiciones establecidas en el segundo párrafo del art. 243 de la Constitución. La prohibición de intervenir en asuntos o actos políticos es absoluta. La única excepción es el cumplimiento del deber electoral. Los fiscales no pueden participar en una manifestación política, pública o privada. No pueden sindicalizarse; pero si constituir asociaciones sin fines de lucro, conforme a las normas vigentes. La huelga no puede ser utilizada por sus miembros para mejorar su situación o protestar contra atentados en su agravio.

La limitación de los derechos de sindicalizarse o de declararse en huelga, establecida expresamente en la Constitución (art. 243, pf. 2) con relación a los miembros del Poder Judicial es aplicable a los fiscales en virtud del art. 251, último párrafo, de la ley fundamental. En ambos casos, esta limitación no puede extenderse al derecho de asociarse, previsto como derecho fundamental de la persona en el art. 2. inc. II de la Constitución.

En contrapartida, el Estado debe garantizar su independencia, estabilidad en el servicio y unaremuneración que le asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía (Const. arts. 242 y 251).

Excepciones a la dedicación exclusiva en la función fiscal.

Art. 21.- No está comprendido en el inciso a) del artículo anterior participar en Comisiones Reformadoras de la Legislación Nacional o en Congresos Nacionales o Internacionales o en cursillos de perfeccionamiento profesional, siempre que se cuente con la autorización correspondiente. Tampoco lo está ejercer la docencia universitaria.

Fuentes:

Proy. L.O.P.J. 1974. Art. 14, inc. d).

Comentario:

La exclusividad en la función, establecida constitucionalmente para los miembros

del Poder Judicial y del M.P., no significa la limitación de sus actividades al conocimiento de expedientes o procesos. El perfeccionamiento de sus miembros no puede lograrse mediante un enclaustramiento de este tipo. Por el contrario, la experiencia muestra que esto produce un anquilosamiento y mecanización en el ejercicio de las funciones. La participación en actividades académicas relacionadas con su especialidad es indispensable para una mejor administración de justicia y para el cumplimiento de sus funciones. La disposición comentada constituye un simple reconocimiento a los derechos fundamentales de la persona a la libertad de conciencia, libertad de opinión, libertad de creación intelectual y libertad de participar (en forma individual o asociada) en la vida cultural de la Nación (art. 2. incs. 3.4.6.II y 16 de la Constitución). Por esto, la autorización que debe ser solicitada por el fiscal no podrá ser denegada en base a una valoración respecto a la naturaleza u orientación del congreso o cursillo al que se quiere participar. Los elementos que deben tomarse en cuenta son sólo aquellos relacionados con la organización o el funcionamiento de la Institución. De hecho, ya existen precedentes al respecto. lo mismo debe regir en caso de que los fiscales organicen alguna actividad académica. Si ella tendrá lugar fuera de las normadas de trabajo, difícilmente se justificaría negar la autorización. El abuso de esta facultad por parte de los órganos competentes implicaría una seria restricción de los derechos de la persona, antes mencionados. En el Poder Judicial se ha incurrido en estos excesos.

Los conocimientos que adquieran sus miembros no pueden ser desaprovechados por el Estado en la formación de abogados, juristas, jueces y fiscales. Por eso debe haber una vinculación estrecha con las Universidades; donde las mejores relaciones son establecidas por los docentes que son magistrados o fiscales. En un país con carencia de recursos humanos y materiales, como el nuestro, la formación y funcionamiento del Centro de Investigación Judicial y del Instituto Nacional del Ministerio Público, no pueden realizarse sin la cooperación estrecha de otras instituciones nacionales, del Estado y de organismos privados.

La actividad intelectual, consistente en participar en cursillos, congresos, publicar artículos o libros, no puede ser prohibida a nadie; salvo que por realizarla el magistrado o fiscal descuide las funciones de su cargo.

Responsabilidad derivada del incumplimiento de los impedimentos.

Art. 22.- La infracción de los impedimentos y prohibiciones a que se refieren los artículos precedentes dan lugar a responsabilidad disciplinaria, civil o penal, según el caso. Son también responsables, en alguna de estas formas, por las infracciones que cometan en el ejercicio de sus funciones, así como en los casos de conducta irregular o que los hagan desmerecer en el concepto público.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 90.

Comentario:

Al elaborar esta norma, se ha incurrido, nuevamente, en un defecto de técnica legislativa. En su segunda parte, se regula la responsabilidad disciplinaria, civil o penal en que pueden incurrir los fiscales. Se estatuye que son responsables, en algunas de estas formas, por las infracciones que cometan en el ejercicio de sus funciones, por incurrir en conducta irregular o por cometer actos que los hagan disminuir en el "concepto público" (!) esta regla aparece completando una norma especial que constituye la primera parte del artículo comentado. La especialidad está dada porque se estatuye las mismas responsabilidades para los fiscales que no acaten los impedimentos y prohibiciones señalados en el art. 20 L.O.M.P.

Primero, se debió establecer las responsabilidades; para luego determinar los privilegios, los órganos competentes para juzgar o reprimir las violaciones, y los trámites que deben seguirse. En la ley no están debidamente sistematizadas las disposiciones que regulan estas

materias.

El M.P., como cuerpo jerarquizado y titular de una multiforme actividad en defensa de la legalidad, debe estar estrictamente controlado y bajo exigentes normas sancionadoras.

Suplencias en caso de impedimento.

Art. 23.- Cuando un Fiscal estuviere impedido de intervenir en caso determinado, lo sustituirá el Fiscal Adjunto respectivo. Si no hubiere Fiscal Adjunto, la Junta de Fiscales a que pertenece el impedido designará al que debe reemplazarlo. Si la Junta de Fiscales no se hubiese constituido o no fuere posible reunirla de inmediato, lo sustituirá el Fiscal Superior o Provincial menos antiguo, según quien fuere el reemplazado.

Fuentes:

Ley de Enjuiciamiento Criminal de España art. 96.

Comentario:

Cuando se da una circunstancia de inhibición o de excusa del Fiscal titular, éste se encuentra impedido para intervenir en la investigación policial, el proceso administrativo o judicial (art. 20 L.O.M.P.). En su lugar, actuará el Fiscal Adjunto respectivo. Se trata de un órgano del M.P. sin precedentes en la organización de la institución. Un funcionario parecido existe en el sistema de la Procuraduría General de la República (D.L. No. 17537), encargada de la defensa judicial del Estado.

De no haberse nombrado Fiscal Adjunto, el reemplazante del Fiscal titular impedido será designado por la Junta de Fiscales (organismo colegiado de dirección en cada categoría). Si esta Junta no se hubiese constituido o no fuera posible reunirla de inmediato, será el F. Sup. o el F.P. menos antiguo el reemplazante del impedido. Diferentes son los casos de sustitución de los fiscales en licencia, suspendidos o en vacaciones.

Suplencia del F.N.

Art. 24.- En los casos de impedimento, enfermedad, duelo, ausencia temporal y vacaciones del Fiscal de la Nación, asumirá sus funciones el que deba reemplazarlo en el turno siguiente, hasta que el titular las reasuma.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 146.

Comentario:

Tratándose del F.N. el reemplazante es el F. S., que debe asumir el máximo cargo en el turno siguiente. El F.N. puede no intervenir por encontrarse impedido (art. 20 L.O.M.P.), en licencia de cualquier duración (arts. 26 y 27 pf. 10 L.O.M.P.) o en vacaciones. La enfermedad, duelo o ausencia temporal están cubiertos por la licencia. Así, se desprende de la primera frase del artículo siguiente. La disposición que comentamos no contiene referencia a la licencia, sino sólo a algunas de las causas por las que puede ser concedida. Es en el numeral 27 donde se regula, expresamente, la manera de reemplazar al F.N. en caso de licencia. Como en el caso del artículo analizado, el reemplazante es el F. S. que le sigue en el turno. Siendo el problema principal cubrir la vacante dejada, temporalmente, por el principal y no la formalización de la licencia, bien pudieron regularse todos los casos en una misma disposición; sobre todo, si el criterio para determinar al sustituto es uno solo.

En nuestro ordenamiento judicial, el Vocal Decano ha sido señalado como

substituto de Presidente de Corte, de Sala Civil o de Tribunal Correccional.

Licencias.

Art. 25.- Las licencias por enfermedad, duelo u otra causa justificada serán concedidas por el Fiscal de la Nación, si se tratare de un Fiscal Supremo. Lo serán por la Junta de Fiscales a que pertenece el solicitante de la licencia o, en su defecto, por el Fiscal más antiguo de su respectivo grado o quien ejerza sus funciones y por el mérito del certificado médico o de los otros documentos que necesariamente se presentarán, según el caso, si se tratara de los otros Fiscales. Si el solicitante de la licencia fuere el único Fiscal de la provincia, la licencia la concederá, telegráficamente, el Fiscal Superior Decano o quien haga sus veces.

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 79, 80 y 137 inc. 13.

Comentario:

Las licencias deberían ser reguladas en capítulo separado. Su incorporación en esta parte de la ley produce confusión.

La disposición comentada señalada, en primer lugar, que la licencia se concederá por causa justificada (enfermedad, duelo, etc) debidamente acreditada. En segundo lugar, establece quien concede la licencia. Es el F.N. cuando se trata de un F. S.; las Juntas de Fiscales respecto al F. sup. y al F.P. En su defecto (es decir, sino se hubiesen constituido o no pudiesen reunirse de inmediato) la concederá el Fiscal más antiguo de su respectivo grado o quien ejerza sus funciones. Si sólo hubiese un F.P., la licencia será concedida por el F. Sup. decano o por quien lo reemplace.

La ley no señala quien concede licencia al F.N. Es de suponer que es él mismo; pues, no es una atribución concedida a la Junta de Fiscales Supremos. La solución es práctica; pero no deja de crear dudas.

Plazo de la licencia

Art. 26.- Las licencias no podrán exceder de 60 días naturales continuos ni de este mismo número las concedidas en un año

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 80 inc. b y 83.

Comentario:

Conforme la L.O.P.J., los miembros del Poder Judicial pueden gozar de licencia hasta por treinta días durante un mismo año-. La autoridad facultada para concederla es, según los casos, la Sala Plena de la Corte Suprema o de la Corte Superior. De ser necesaria la prórroga de dicha licencia, sólo la Corte Suprema puede concederla.

El plazo indicado es aumentado a sesenta días para los fiscales, conforme a la presente ley. Con anterioridad, hemos visto quienes conceden las licencias. Aún cuando la ley no lo diga expresamente, esos mismos funcionarios son los autorizados a prorrogarlas. Del texto que comentamos, se desprende que la duración máxima, por año, es de 60 días. La posibilidad de prórroga se deduce del artículo siguiente. Esta norma dice "si la licencia se concediere o prorrogare por más de 60 días "

Por lo tanto, la disposición comentada debió ser redactada de otra manera.

Remplazo en caso de licencia por más de 60 días o de suspensión-

Art. 27.- Si la licencia se concediere o prorrogare por más de sesenta días, así como en el

caso de suspensión en el cargo a que se refiere el artículo 184 de la Constitución, el Fiscal de la Nación será reemplazado por quien le sigue en el turno. Tratándose de un Fiscal Supremo, el Fiscal de la Nación llamará a servir el cargo al más antiguo de los Fiscales Superiores de la especialidad.

Si el cargo para cubrir fuere el de Fiscal Superior, será llamado el Fiscal Provincial más antiguo para servirlo, atendiendo a la naturaleza civil o penal de la función por desempeñar. Y si se tratare de reemplazar a un Fiscal Provincial se llamará a servir el cargo, provisionalmente, al Adjunto respectivo.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 57.

Comentario:

En esta disposición se regula la manera como serán reemplazados los Fiscales que gocen de licencia (plazo ordinario o prorrogado). Situación que es diferente de los casos en que el Fiscal sólo se encuentra impedido de intervenir en un asunto determinado (art.23 L.O.M.P.).

La parte primera referente al F.N. es superflua; pues, el reemplazo de éste se encuentra regulado, de manera general y uniforme, en el art. 24 L.O.M.P. Incorporando en este numeral el caso de la suspensión en el cargo por haber dispuesto el Parlamento su procesamiento conforme el art. 184 de la Constitución (art. 15 L.O.M.P.) y haciéndose referencia, expresamente, al caso de la licencias, se hubiere podido omitir volver a tratarlo en el presente artículo.

El F.S. decano será llamado por el F.N. para reemplazar al F. S. con licencia. El F. Sup. con licencia será substituido por el F.P. más antiguo en la especialidad (civil o penal). Si se tratara de un F.P., será reemplazado por el Adjunto respectivo. En este último supuesto, si el despacho cuenta con dos Adjuntos titulares, el más antiguo reemplazará al F.P. La experiencia en el ejercicio de la función así lo justifica. Si sólo uno de ellos fuera titular, esta condición sería suficiente para ocupar el cargo. De haberse cubierto con la debida prontitud los cargos de los adjuntos, se hubieran evitado diversos problemas. En todo caso, corresponde al Fiscal Decano impartir las directivas pertinentes.

Reemplazo del F.P.

Art. 28.- En los casos en que, a juicio del Fiscal de la Nación, debidamente fundados, fuere necesario reemplazar a un Fiscal que está reemplazando provisionalmente a otro de mayor jerarquía, hará los llamamientos sucesivos que corresponden, observando las normas del artículo precedente.

Comentario:

Esta potestad concedida al F.N. no puede comportar el cambio arbitrario del que ha sido llamado para reemplazar, provisionalmente, a un superior. Este cambio no puede ser fundamentado en razones de orden administrativo o en las recargadas labores en la Fiscalía del reemplazante o, por último, en el hecho de no estar satisfecho de su manera de actuar. " a juicio del Fiscal de la Nación" no significa a su capricho o libre arbitrio. La defectuosa redacción de la disposición no impide comprender, primero, que se trata de casos excepcionales y necesarios; y segundo, que la decisión del F.N. debe estar debidamente fundada en la naturaleza de la situación planteada. La provisionalidad del cargo en que el reemplazante se encuentra facilita la decisión del F.N. Nos parece que debería tratarse de casos que puedan dar lugar a una queja fundada por parte del agraviado o procesado (art. 13 L.O.M.P.). Sólo criterios objetivos pueden establecer pautas razonables a esta facultad del F. N. Admitir criterios subjetivos significaría un

grave peligro. La estabilidad del Fiscal en el caso que participa constituye una garantía no sólo para la autonomía interna del M.P., sino sobre todo para el procesado.

Haber del Fiscal Provisional

Art. 29°.- Los Fiscales provisionales percibirán el haber correspondiente al cargo que estén sirviendo, mientras dure la interinidad. Para este efecto, servirá de título la resolución expedida por el Fiscal de la Nación.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 6.

Comentario:

La categoría de "Fiscales Provisionales" no es similar a la de Vocales o Jueces Provisionales, prevista en la L.O.P.J. La calificación de provisional esta tomada en el sentido del lenguaje común. Ya en el art. 28 L.O.M.P., se hace referencia al Fiscal que ésta reemplazando provisionalmente a otro. Se trata de todos los que son llamados a cubrir las plazas que dejan, por cierto tiempo, algunos fiscales, debido a licencias concedidas o suspensiones impuestas. No lo son los Fiscales llamados a intervenir en un caso determinado en el que el titular se encuentra impedido. Tampoco son Fiscales Provisionales los Fiscales Adjuntos, salvo el caso en que reemplazan a los Fiscales Provisionales con licencia (art.27, pf. 2, in fine L.O.M.P.).

La relativa permanencia del Fiscal reemplazante en el cargo superior justifica que gane el haber correspondiente al titular reemplazando. Para este efecto es suficiente la resolución expedida por el

F.N. En esta oportunidad, otra vez, se aprovecha un caso particular para regular una situación general: el nombramiento de los fiscales Provisionales" es hecho por el F.N. mediante resolución.

Autonomía presupuestal del M.P.

Art.30°.- El Ministerio Público constituye un pliego independiente en el presupuesto del Sector Público.

El Fiscal de la Nación, como titular del mismo, formula el proyecto de Presupuesto, lo somete a la revisión de la Junta de Fiscales Supremos, que lo aprueba y lo eleva al Poder Ejecutivo para los fines consiguientes.

Fuentes:

L.O.M.P. arts. 1 y 97 inc. 2.

Comentario:

Con el fin de hacer posible la autonomía del M.P., se le reconoce, en este artículo, un cierto grado de independencia presupuestal. De modo similar, pero más claramente, ha sido establecida en relación con el Poder Judicial. Para éste se ha establecido un porcentaje mínimo de los gastos corrientes del presupuesto de la República (2%) (art.239 Const.).

La autonomía presupuestal del M.P. no es absoluta. Se reduce a que el F.N. formule el proyecto de presupuesto y después de ser aprobado por la Junta de Fiscales Supremos, es remitido al Poder Ejecutivo, que puede modificarlo.

Es de destacar positivamente la ley 24911 de 30 de diciembre de 1988, referente al Presupuesto de los organismos del sector público para el año 1989, en cuyo artículo 335 se consideran los casos de ingresos propios intangibles del M.P. Se trata, por ejemplo, del producto de los remates públicos de los bienes incautados u objetos del delito, cuando no se identifique al agraviado, el dinero incautado procedente del delito de tráfico ilícito de drogas, el porcentaje de

las multas y de la reparación civil impuestas en sentencia condenatoria (ver anexo). La aplicación estricta de esta ley no se hará esperar entre los miembros del Ministerio Público.

Nombramiento del personal auxiliar y administrativo

Art.31°.- El personal auxiliar y el administrativo del Ministerio Público es nombrado por el Fiscal de la Nación.

El personal que corresponda nombrar al Fiscal Decano, con acuerdo de la Junta de Fiscales Superiores de cada distrito judicial, lo determina el Reglamento.

Fuentes:

Proy. L.O.D.P. España. 1979. Art. 33 inc. 11.

Comentario:

En razón a la autonomía reconocida al M.P. la facultad de nombrar al personal auxiliar y administrativo. De la ley no se desprende con claridad cual es personal auxiliar. En ningún caso se trata de los Fiscales Adjuntos; a pesar de que son señalados, en el art. 43 de la presente ley, como las personas que prestan "auxilio" a los Fiscales. Los Fiscales Adjuntos son órganos individuales del

M.P. Ellos son nombrados por el presidente de la República, previa propuesta del Consejo Nacional de Magistratura, a solicitud del F.N. (art.48). Es de recordar, así mismo, que la Junta de Fiscales designará -conforme al art. 23- al Fiscal Adjunto necesario para substituir al Fiscal titular impedido, siempre y cuando no exista reemplazo nombrado. El término "auxiliar" parece justificarse después de la substitución del Pool de abogados auxiliares por los Auxiliares del Fiscal Provincial. Estos auxiliares están ubicados entre el personal técnico-legal y los Fiscales Adjuntos Provinciales. Es decir, en un nivel previo al inicio de la carrera de Fiscal. Son nombrados por el F.N. mediante concurso público. Actúan en nombre del titular conforme a las instrucciones que éste les imparte. Esto ocurre, fundamentalmente, en los turnos fiscales o en las diligencias o actividades que el titular instruya. Es de destacar su presencia en las distintas dependencias policiales.

El párrafo segundo del dispositivo analizado remite al Reglamento de la ley para saber qué personal nombra el Fiscal Decano con acuerdo de la Junta de Fiscales Superiores. Sin embargo, entre las atribuciones asignadas a esta Junta, en el art. 98, inc.4, se menciona el nombramiento de dicho personal a propuesta del Fiscal Decano. Esto no es lo mismo que lo estatuido en el artículo que comentamos. En la práctica, esta deficiencia legislativa puede dar lugar a conflictos. Proponer a alguien para que ocupe un cargo administrativo es diferente a nombrarlo.

Registro y archivo centrales

Art. 32°.- Los registros que contengan los cuadros de antigüedad y de méritos, de licencias, vacaciones, desempeño provisional de Fiscalías, participación en comisiones de reforma legislativa o formulación de proyectos de leyes, congresos nacionales e internacionales, seminarios y cursillos de derecho y disciplinas científicas conexas; de cátedras desempeñadas y libros publicados sobre disciplinas jurídicas, sanciones disciplinarias impuestas y procesos abiertos sobre responsabilidad civil o penal de los miembros del Ministerio Público, se llevarán en la oficina del Fiscal de la Nación, bajo su supervigilancia. El Reglamento determinará al funcionario responsable de su actualización, conservación y reserva.

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 38, 39 y 86.

Comentario:

Con la finalidad de llevar un eficaz control de la actuación de los fiscales para los efectos de la Carrera en el Ministerio Público, resulta indispensable contar con toda la información referente a sus méritos y deméritos. Estos datos serán inscritos en los registros de la oficina del F.N. quien los supervigilará. El reglamento de la ley designará al funcionario responsable de su actualización y conservación. Este funcionario deberá cuidar del carácter reservado de estos registros.

Es de destacar que en estos registros se anotará toda actividad que redunde en favor o en contra de la apreciación del desempeño funcional de los fiscales o de su interés o preocupación en perfeccionarse. Por último, señalemos que la anotación de las medidas disciplinarias se hará sólo cuando han sido ya impuestas; por el contrario, los procesos sobre responsabilidad civil o penal serán registrados desde cuando son iniciados.

Registros y archivos distritales

Art. 33°.- El Fiscal Superior más antiguo de cada distrito judicial tendrá bajo su responsabilidad y supervigilancia copia de los registros de antigüedad, licencias, vacaciones, desempeño provisional de Fiscalías, sanciones disciplinarias impuestas y procesos de responsabilidad civil y penal que se refieran a los Fiscales Adjuntos del distrito, para el efecto de las atribuciones que le corresponden. Las licencias por enfermedad, duelo u otra causa justificada que conceda a los mismos Fiscales y sus Adjuntos, serán anotadas en el Registro correspondiente, con aviso al Fiscal de la Nación.

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 38 y 39.

Comentario:

Además de los Registros Centrales de la Oficina del M.P., deben organizarse Registros en cada uno de los Distritos Judiciales, que estarán a cargo de los Fiscales Superiores Decanos. Se trata de Registros dobles para el uso del Fiscal Decano. De esta manera, no necesitará solicitar esta información al responsable de los Registros Centrales. Se trata de una acertada medida de descentralización que facilitará el control inmediato de las sanciones en el mismo Distrito Judicial.

Información para concurso y evaluación realizados por C.N.M.

Art. 34°.- El Consejo Nacional de la Magistratura solicitará al Fiscal de la Nación la información pertinente que resulte de los registros a que se refiere el artículo precedente para los efectos de concurso de méritos y evaluación personal en que participe un Fiscal o Fiscal Adjunto que postule a un nombramiento en el Ministerio Público o el Poder Judicial.

Comentario:

Mediante esta disposición, se obliga al Consejo Nacional de la Magistratura a solicitar al F.N. la información acumulada en los registros Centrales sobre los méritos y deméritos de todo fiscal que postule a un nombramiento en el M.P. o en el Poder Judicial. Aquí habría que preguntarse, sino debería establecerse lo mismo con respecto al Poder Judicial. De esta manera, se busca lograr la promoción y el nombramiento de profesionales idóneos para el desempeño de las delicadas atribuciones del M.P.

Especialización del M.P.

Art. 35°.- El Consejo Nacional de la Magistratura tendrá en particular consideración la especialidad jurídica del Fiscal o Fiscal Adjunto en servicio y la del cargo en Ministerio

Público al cual postula, para los efectos de la proposición correspondiente.

Comentario:

El aspecto interesante de esta norma radica en el afán de buscar la especialidad de los miembros del M.P. Igual criterio ha sido admitido para los efectos de cubrir las plazas de los fiscales con licencia. Así se dispone que será llamado el más antiguo en la especialidad (art.27, pf. 2 L.O.M.P.). Sin embargo esta disposición no es sino una recomendación al Consejo Nacional de la Magistratura. No se trata de una directiva vinculante. Su aceptación redundaría en beneficio del M.P.

TITULO II

CAPITULO I: ORGANIZACION

Son órganos del Ministerio Público:

Art. 36°.-

1.-El Fiscal de la Nación.

2.-Los Fiscales Supremos.

3.-Los Fiscales Superiores.

4.-Los Fiscales Provinciales.

También lo son:

Los Fiscales Adjuntos.

Las Juntas Fiscales.

Fuentes:

Const. Art. 251.- L.O.P.J. art. 336.- Proy. L.O.P.J. 1974. Art. 263.

Comentario:

El M.P. está organizado jerárquicamente de acuerdo con cada instancia del Poder Judicial. Sus Miembros actúan individual o colegialmente. En el primer caso, se trata de los Fiscales. Los Supremos se turnan rotativamente en la Jefatura máxima del M.P. En cada una de las categorías o niveles existen Fiscales Adjuntos a los Fiscales titulares.

Los órganos colegiados son las Juntas de Fiscales constituidas sólo por titulares. Las Juntas son órganos de gobierno que tienen a su cargo la coordinación, fiscalización y disciplina de la actividad de sus miembros. Esta dirección colegiada es peculiar a la nueva ley. En otras legislaciones el M.P. está representado en cada instancia y distrito judicial por una persona que ostenta el cargo de fiscal y tiene bajo sus órdenes a un grupo de auxiliares.

En cuanto a la redacción de la norma comentada, resulta deficiente la manera como se hace la enumeración.

Fiscales Supremos y Designación por antigüedad del F.N.

Art. 37°.- Además del Fiscal de la Nación, los Fiscales Supremos son tres. Se turnan cada dos años, por orden de antigüedad en la función, en el cargo de Fiscal de la Nación

Fuentes:

Const. Art. 251. 2°.

Comentario:

La redacción de la primera parte de esta disposición no es propia de una norma legal. La expresa mención al F.N. se debe a lo dispuesto en el art. 2 L.O.M.P., según el cual el jefe del M.P. siempre será designado de esa manera. Lo cierto es que cuatro son los Fiscales Supremos. Uno de ellos ocupa la jefatura máxima y los demás representan al M.P. en los asuntos civiles, penales y contencioso-administrativos.

La segunda parte del artículo regula la manera como se elegirá al F.N. Para estos efectos se tiene en cuenta que los Fiscales Supremos constituyen un cuerpo colegiado, una Junta. El más antiguo ocupa por dos años el cargo del F.N. y es sucedido por el que sigue en antigüedad. De esta manera, se evitan los problemas que acarrea la elección por parte de los mismos fiscales. El F.N. no es sino un primus inter pares.

Un remoto antecedente de la rotación en el cargo máximo se encuentra en el Reglamento de los Tribunales del 14 de febrero de 1855.

En razón a que las incompatibilidades previstas para el cargo de Fiscal de la Nación las mismas que las referentes a los miembros del Poder Judicial, el Estado sólo garantiza su permanencia en el cargo hasta la edad de setenta años (Const. arts. 251, último párrafo y 242, inc. 2). En tal caso, el F.N. cesapor límite de edad, debiendo ocupar el cargo el F.S. que sigue en antigüedad.

Dirimencia en caso de igualdad de antigüedad

Art. 38°.- Si dos o más Fiscales tuviesen la misma antigüedad en la función se computará el tiempo que hubiesen servido como jueces; y si ninguno lo hubiese sido, el que tuviesen como abogados en ejercicio según su Matrícula en el Colegio respectivo.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 34.- Proy. L.O.P.J. 1974. Art. 23.

Comentario:

La aplicación de la norma precedente presenta dificultades cuando existe igualdad de antigüedad entre dos o más Fiscales Supremos. La solución la da el presente artículo mediante la remisión al tiempo que hubieran ejercido la judicatura o la abogacía. Si entre los fiscales de la misma antigüedad uno solo hubiera sido antes juez, éste es el que debe ocupar el cargo de F.N. El Artículo comentado remite a la antigüedad como abogado sólo cuando ninguno hubiera sido juez. La ley menciona, expresamente, que debe tratarse la antigüedad en el ejercicio de la abogacía, acreditada por la inscripción en el colegio de Abogados, requisito indispensable para actuar profesionalmente.

La regla comentada es deficiente por incompleta. Nos parece que hubiese sido conveniente, como lo hace el art.34 de la L.O.P.J. o el art.23 del Proy. L.O.P.J. 1974, tener en cuenta, la antigüedad en el cargo inmediato inferior: F. Sup. De esta manera, se favorece la formación de la carrera en la institución.

La referencia a la antigüedad como juez es una consecuencia de la equiparidad establecida entre jueces y fiscales.

Requisitos para ser F.S.

Art.39°.- Para ser Fiscal Supremo se requiere:

1.-Ser peruano de nacimiento.

2.-Ser ciudadano en ejercicio.

3.-Ser mayor de cincuenta años.

4.-Haber sido Fiscal o Vocal de Corte Superior por no menos de diez años o abogado en ejercicio o desempeñado cátedra universitaria en disciplina jurídica por no menos de veinte años.

5.-Gozar de conducta intachable, públicamente reconocida.

Fuentes:

Const. Arts. 244 y 251 prf. penúltimo. - Proy. L.O.P.J. 1974. Arts. 35 y 38.

Comentario:

Esta disposición reproduce el art. 244 de la Constitución. El inciso quinto es un agregado superfluo; pues esta implícito en las normas constitucionales referentes al M.P. Una persona deshonesto, corrupto no debería ser elegida. El mal social que ocasionaría sería inconmensurable. Evitar que esto suceda es la finalidad del indicado inciso quinto. Sin embargo, su redacción no es precisa y puede dar lugar a dificultades o a observaciones suspicaces en ciertos casos. El reconocimiento público de la conducta intachable es de entenderla en el sentido de que el futuro Fiscal no sea cuestionado en relación con su comportamiento ético. Nada tiene que hacer con el requisito indispensable de idoneidad intelectual y profesional. En resumen, la exigencia consiste en que el candidato a Fiscal no sólo debe ser de conducta intachable sino también parecerlo.

De la atenta comparación de la legislación nacional (Reglamento de los Tribunales de 1855, L.O.P.J. 1911, 1963 y D.L. 20202), se observa que los requisitos para ser F.N. y F.S. son, ahora, más exigentes.

La edad mínima de 50 años es un límite excesivo, si se tiene en cuenta el establecido para otros cargos públicos que influyen más en el destino de la nación por las decisiones que pueden tomar sus titulares. La fijación en la Constitución de este requisito mínimo, así como el de 70 años como límite máximo de permanencia en la carrera, se explican por los abusos cometidos en la variación de dichos requisitos para defenestrar a los titulares. por esto no se ha considerado suficiente que sean establecidos en las Leyes Orgánicas. Pero, por otro lado, resulta pertinente preguntarse, si era necesario incorporar estas disposiciones en la L.O.P.J., de la misma manera como en la Constitución se evita la repetición de las prerrogativas del M.P. señalándose que son las mismas de los integrantes del Poder judicial. Es lo que hacen las legislaciones de otros países.

Una novedad positiva de esta disposición es la referencia a la docencia universitaria en disciplina jurídica. Explícitamente, se abre la posibilidad del ingreso de personas altamente especializadas.

Por último, señalaremos que se pudo aligerar la redacción de este artículo así como la de los dos numerales siguientes, estableciéndose en una sola disposición los requisitos comunes para todos los fiscales.

Requisitos para ser F.Sup.

Art.40°.- Para ser Fiscal Superior se requiere, además de ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y gozar de una conducta intachable, tener más de 35 años de edad y haber sido Fiscal de Juzgado o Juez de Primera Instancia o de Instrucción por no menos de 7 años o abogado en ejercicio o desempeñado cátedra universitaria en disciplina jurídica por no menos de diez años.

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 18 y 41.- Proy. L.O.P.J. 1974. Art. 39.

Comentario:

Esta disposición comporta, igualmente, el establecimiento de mayores exigencias que las establecidas en leyes anteriores. De esta manera se guarda proporcionalidad con los requisitos señalados por la Fiscalía Suprema. En esta norma, no se establece el requisito de "gozar de una conducta intachable, públicamente reconocida", como se ha efectuado en el artículo anterior. Esta omisión no significa que no sea exigida a quien va a ser designado como F.Sup. Lo mismo sucede con la disposición siguiente.

Requisitos par ser F.P.

Art.41°.- Para ser Fiscal Provincial se requiere, además de ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y gozar de una conducta intachable, tener no menos de 28 años de edad y haber sido Adjunto Fiscal Provincial, o Juez de Paz Letrado, Relator o Secretario de Corte durante 4 años o abogado en ejercicio o desempeñado cátedra universitaria en disciplina jurídica por no menos de 5 años.

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 18 y 42.- Proy. L.O.P.J. 1974 art. 40.

Comentario:

Mutatis mutandis, los comentarios formulamos en los artículos anteriores son aplicables al presente numeral. En cuanto a la denominación de los representantes del M.P. ante la primera instancia judicial, se ha abandonado el tradicional nombre de Agentes Fiscales. En su lugar y con el fin de dar una identificación común a todos los miembros del M.P., se les llama Fiscales Provinciales. De esta manera, se hace referencia a su competencia geográfica y no a la instancia ante la que actúan como en el caso de los Fiscales Supremos y Superiores.

Determinación del número de Fiscales

Art. 42°.- El número de Fiscales Superiores en cada distrito judicial será determinado periódicamente por la Junta de Fiscales Supremos a propuesta del Fiscal de la Nación, teniendo en cuenta las necesidades del distrito en que actúan y las posibilidades del Pliego Presupuestal del Ministerio Público.

Lo mismo será en cuanto al número de Fiscales Provinciales en cada provincia.

Fuentes:

D.L. N° 18347, art. 3.

Comentario:

Consecuencia directa de la autonomía del M.P. es la potestad que se reconoce, en esta disposición, a su máximo órgano colegiado, la de designar el número de Fiscales Superiores y Provinciales. Su número se determina de acuerdo con la propuesta del F.N. Con este objeto, tendrá en cuenta, sobre todo, las necesidades determinadas por el volumen de casos en que deben intervenir (policiales y judiciales) y la capacidad económica de la institución. El número de fiscales establecerá distinguiendo a la especialidad: civil y penal (art. 97inc. 3, L.O.M.P.).

De no haberse admitido este criterio, hubiere sido necesario, cada vez que varíen las condiciones materiales del Distrito Judicial o de los Juzgados, modificar la ley. El racional uso de esta potestad dependerá, en principio, de las necesidades indicadas; pero el límite real está en los recursos con que será dotado el M.P.

Fiscales Adjuntos

Art.43°.- Los Fiscales pueden contar con el auxilio de Fiscales Adjuntos en el ejercicio de sus atribuciones cuando las necesidades del cargo lo requieran y según las posibilidades del Pliego Presupuestal correspondiente.

Fuentes:

D.L. N° 17537. Art. 34.

Comentario:

Ya hemos tenido la oportunidad de ver que en ciertos casos el Fiscal puede recurrir a la ayuda de personal auxiliar; por ejemplo, para tomar contacto con los detenidos por la Policía (art. 10). Este personal está constituido, fundamentalmente, por los Fiscales Adjuntos.

En nuestra legislación no existen precedentes de estos Fiscales. En el Reglamento de los Tribunales de 1855, se hacía referencia a Adjuntos; pero se trataba de los suplentes de los titulares del M.P. Sólo a partir de la Ley No 1510 de 1911 se usa el vocablo de suplentes.

Las necesidades del cargo y la capacidad económica del Pliego del M.P., determinan que un Fiscal cuente o no con uno o más adjuntos. El F.N. apreciando estas circunstancias solicitará al Consejo Nacional de la Magistratura que haga las propuestas para el nombramiento de Adjuntos.

Los Fiscales Adjuntos no son lo mismo que los Fiscales Suplentes; pero, tampoco que los actuales Procuradores Adjuntos. Sus funciones son una combinación de las de ambos. Así como los Procuradores Adjuntos representan a los Procuradores de cada sector del Estado y actual en cumplimiento de las indicaciones del titular, los Fiscales Adjuntos desempeñan este rol, por ejemplo, cuando se ponen en contacto con el detenido en lugar del F.P. titular (art.10) o cuando cumplen el encargo del F.N. de realizar una investigación para hacer cesar una situación perjudicial o para comprobar la veracidad de una queja (art.75). Aunque la ley no lo diga, expresamente, los Fiscales Adjuntos colaborarán, por ser permanentes y a dedicación plena en el cargo, en las múltiples labores del titular (por ejemplo, elaborar dictámenes, estudiar procesos, redactar recursos, etc.). En estos casos no actuarán con autonomía sino bajo las directivas del titular.

Por el contrario, los Fiscales Adjuntos como los antiguos Fiscales Suplentes, reemplazarán a los fiscales impedidos de conocer un caso determinado (art.23) o, en caso de un F.P., cuando éste se encuentre con licencia (art.27, pf.2, in fine). En estas circunstancias, Los Fiscales Adjuntos actuarán con autonomía y libertad; es decir, sin estar sometidos a las directivas de los substituidos. En el reglamento de la L.O.M.P., se establecerán, seguramente, con más precisión las funciones de los Fiscales Adjuntos.

Rango y haber de los Fiscales Adjuntos

Art.44°.- Los Adjuntos de los Fiscales Supremos tendrán el rango y haber de un Fiscal Superior. Los Adjuntos de los Fiscales Superiores, los que corresponden a un Fiscal Provincial. Y los Adjuntos de éstos, tendrán el rango y el haber correspondiente al Secretario de Corte Superior.

Comentario:

Del estatus funcional y administrativo de los Fiscales Adjuntos, analizado en el comentario del artículo precedente, se desprende que no tienen la misma condición que los titulares. Dentro de todo el aparato del M.P., los Fiscales Adjuntos tienen un status de auxiliares, aun cuando lleguen a cumplir las funciones del titular de manera autónoma. La

situación es clara en la actividad normal de los Fiscales Adjuntos y cuando intervienen en los casos donde el titular este impedido de actuar. La duda surge cuando la ley dispone que el F.P. en licencia sea reemplazado por el adjunto respectivo. En este caso, el reemplazante asume, plenamente, el cargo del titular; de la misma manera que el F. Sup. Decano o el F.P. Decano que substituyen al F.S. en licencia, respectivamente. La interrogante que se plantea, entonces, es de saber si el Fiscal Adjunto del F.P. continuará percibiendo su haber o recibirá el del F.P.

Los Adjuntos son órganos del M.P.; por tanto, participan de la carrera fiscal. De modo que el escalón más bajo de esta carrera sería el Adjunto del F.P. a quién, la disposición anotada, equipara en rangos a haber al Secretario de la Corte Superior. Existiendo correspondencia entre la carrera judicial y la fiscal, el Fiscal Provincial Adjunto debió ser equiparado con el Secretario o Relator de la Sala Civil o Tribunal Correccional, cargos con los que inicia la carrera judicial. Señalemos, sin embargo, que se tiende, a partir del Proyecto de la L.O.P.J. de 1974, a no considerar dentro de la carrera judicial a los Relatores y Secretarios judiciales, por no realizar labor jurisdiccional sino sólo de auxilio.

Requisitos del Fiscal Adjunto

Art.45°.- Los Fiscales Adjuntos deben reunir los mismos requisitos exigidos a los titulares de su rango establecidos por la presente ley y, en su caso, por la ley Orgánica del Poder Judicial para el cargo de Secretario de Corte Superior.

Comentario:

El carácter permanente del cargo de Fiscal Adjunto, órgano del M.P., y la naturaleza de la labor que debe realizar junto al Fiscal titular, justifican que se exijan mismos requisitos. En el caso del Adjunto al F.P., es más clara la situación porque puede llegar a reemplazarlo por periodos más o menos largos (licencias, art. 27, pf. 2 in fine). La calidad de órgano del M.P. de los Fiscales Adjuntos no sólo es destacada por las exigencias establecidas para su nombramiento, sino también en el hecho que éste es, igualmente, realizado por el Presidente de la República (art.48); como en el caso de los titulares. La desigualdad en los haberes establecidos en el artículo anterior es conforme al desnivel jerárquico existente entre el Fiscal titular y el Adjunto (ver comentario a la disposición precedente). Para la determinación de los requisitos del F.P. Adjunto no se ha tenido en cuenta que la L.O.P.J. no regula directamente cuales son los que debe reunir el Secretario de Corte Superior. Con este objeto, remite a los señalados para el Relator. Secretario y Relator son en el primer escalón de la carrera judicial en iguales condiciones. Bien pudo hacerse referencia al cargo de Relator de Corte Superior (art. 211 L.O.P.J.).

Incompatibilidades

Art.46°.- No pueden ser propuestos para Fiscales el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Senadores y Diputados, ni los funcionarios de Ministerios, organismos de Estado y empresas públicas mientras estén en el ejercicio del cargo. Tampoco pueden serlo los miembros de los órganos de Gobierno Regionales, de las Municipalidades, o de las Corporaciones Departamentales de Desarrollo, ni quienes ejercen cualquier otra función pública, excepto, únicamente, la docencia universitaria.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 19.- Proy. L.O.P.J. 1974. Art. 36.

Comentario:

El nombramiento de los Fiscales es efectuado, siempre, previa propuesta de candidatos; entre los que se debe escoger al más idóneo. Es decir, existen dos etapas: primera: la propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura; y segunda, el nombramiento por el Presidente de la República. Según el texto del artículo comentado, ninguna persona que

desempeña cargo político o función pública, excepto la docencia universitaria, puede ser propuesto para Fiscal. De esta manera, va más allá de la afirmación que ninguna autoridad política o funcionario público puede asumir el cargo de Fiscal. En esta hipótesis, una de estas personas podría ser propuesta y elegida; para luego, antes de jurar y asumir el cargo renunciar al puesto que venía ocupando. La finalidad perseguida mediante esta disposición podría ser la de evitar que la autoridad política o el funcionario público abuse de su función para lograr su nombramiento.

Consideramos que este numeral debió ubicarse en el Título I de la ley, porque tiene que ver con el ordenamiento genérico del M.P. y con su régimen interno.

Incompatibilidad por razón de parentesco entre Fiscales del mismo Distrito Judicial

Art.47°.- No pueden ser miembro del Ministerio Público, en un mismo distrito judicial, los cónyuges, los parientes en línea directa, ni los colaterales en tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. El Reglamento de los Consejos de la Magistratura determinará los documentos exigibles para el efecto de que su propuesta no recaiga en persona impedida.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 20.- Proy. L.O.P.J. 1974 art. 37.

Comentario:

En esta disposición, se nota quizás con mayor claridad las deficiencias de técnicas legislativa que caracterizan la presente ley. El artículo anterior también pudo ser redactado de la manera como lo ha sido la presente disposición. Es decir, señalándose que no pueden ser miembros del M.P., las autoridades políticas y los funcionarios públicos, y que tampoco pueden ser propuestas para ser elegidas. Con relación a la primera parte, es admitir que se trata de la declaración de incompatibilidades con relación al cargo desempeñado y al parentesco existente entre los Fiscales dentro de un mismo distrito judicial. Muy bien pudo figurar esta declaración en una disposición general al Título I.

Las incompatibilidades por parentesco son las tradicionalmente admitidas en nuestra legislación.

Constituye una notoria omisión la falta de referencia a las incompatibilidades por parentesco con jueces y vocales, debido a la naturaleza de los asuntos y a que ambas carreras han sido equiparadas.

Nombramiento de los Fiscales

Art.48°.- El Presidente de la República nombra a los Fiscales Supremos y Superiores y a sus respectivos Adjuntos a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura; y del Consejo Distrital, a los Fiscales Provinciales y sus Adjuntos.

Los Consejos de la Magistratura harán las propuestas de Adjuntos a solicitud del Fiscal de la Nación.

Comentario:

El sistema de nombramientos de los fiscales es el establecido en la Constitución y en el D. Leg. No 25, llamado Ley de la Magistratura. El presidente de la República nombra a todos los Fiscales. El Consejo Nacional de la Magistratura propone el nombramiento en caso de los Supremos y Superiores; y, en caso de los Provinciales, el respectivo Consejo Distrital de la Magistratura. Lo mismo sucede con los Adjuntos, pero a solicitud del F.N.

Se justifica el empleo del mismo procedimiento para el nombramiento de Fiscales Titulares y Adjuntos, porque éstos son órganos auxiliares permanentes, y que están sujetos a las mismas obligaciones e impedimentos.

Es a la luz de esta disposición que se debe comprender el art.23 de la presente Ley. La Junta de Fiscales elegirá al reemplazante del titular impedido, cuando no tenga un adjunto, entre los adjuntos ya designados o los titulares.

Ratificación del nombramiento de los Fiscales Supremos

Art.49°.- Los nombramientos de Fiscal de la Nación y de Fiscales Supremos serán ratificados o no por el Senado dentro de los treinta días siguientes a su recepción. En este plazo se computarán los días en que el Senado esté funcionando en legislatura ordinaria y extraordinaria, si ésta ha sido convocada con ese fin. La resolución senatorial ratificatoria del nombramiento se publicará en el diario oficial.

Fuentes:

Const. Art. 251, inc. 2

Comentario:

El F.N. jura ante el Presidente de la República quién es el que lo nombra. En cuanto a los Fiscales Supremos y Superiores, el juramento se lleva a cabo ante el Fiscal de la Nación. Los Fiscales Provinciales juran ante el Fiscal Superior Decano o quién lo reemplace.

En el art. 50 del Proyecto, se establecía el juramento de los Fiscales Superiores ante el Presidente del Departamento. Felizmente esta intervención de dicha autoridad político-administrativa ha sido eliminada, consolidándose así la autonomía del M.P.

Consideramos que, siguiendo la L.O.P.J., el Juramento debió realizarse ante la Junta de Fiscales en pleno y no ante el F.N. o ante el Fiscal Decano; la dirección del M.P. es también colegiada.

CAPITULO II

RESPONSABILIDADES, SANCIONES

Responsabilidad civil, penal y disciplinaria

Art. 51°.- Las responsabilidades civil y penal de los miembros del Ministerio Público se rigen por normas legales sobre la respectiva materia. La disciplinaria se hace efectiva por la Junta de Fiscales Supremos, previa audiencia y defensa del procesado. El Reglamento determinará las faltas disciplinarias.

Fuentes:

L.O.M.P. Venez. 1970. Art. 43.

Comentario:

Según la naturaleza de las acciones que se le imputan la responsabilidad de los fiscales pueden ser civil, penal o disciplinaria. La norma que comentamos se refiere a la responsabilidad derivada de las acciones practicadas por los Fiscales en el ejercicio de sus funciones. Se reconoce, igualmente, que las normas aplicables son las comunes en materia civil y penal. En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, se establecen diversas reglas en la presente ley.

La responsabilidad disciplinaria surge cuando el Fiscal, en el ejercicio de su cargo,

atenta contra los principios de subordinación, corrección moral y profesional.

La Junta de Fiscales Supremos es la encargada de determinar si un Fiscal ha incurrido en responsabilidad disciplinaria. Con este objeto llevará a cabo una audiencia previa en donde se defenderá el procesado (garantía constitucional). En todo caso, el resultado dependerá de comprobar si el Fiscal ha cometido o no, una de las faltas descritas, previamente, en el Reglamento respectivo. En este último punto, no se ha seguido la técnica de las diversas leyes orgánicas que contienen las faltas.

En el reglamento (art.14), vigente desde el 28 de febrero de 1983, se comprenden también los casos de los Abogados Auxiliares, Técnicos Legales y demás empleados administrativos que dependen directamente de los miembros del M.P. De este modo, se logra una regulación global del Poder disciplinario interno a la misma institución.

En el reglamento de sanciones disciplinarias, se han enumerado, en el art.15, trece causas de responsabilidad disciplinaria. La redacción se caracteriza por el uso frecuente de cláusulas generales. De esta manera, se han evitado los inconvenientes de un exagerado casuismo; pero de otro lado se corre así el riesgo de la indeterminación en la constatación de los comportamientos que deben ser sancionados. Por seguridad jurídica y en defensa de los derechos individuales, se reclama, también en el ámbito disciplinario, la aplicación del principio de legalidad. Esta precisión tiene una importancia esencial en relación con la autonomía interna del M.P. Por ejemplo, la determinación de los casos de "desobediencia a (los) superiores" (art.15, inc.6) o de "falta de adecuado estudio o sustento legal en los dictámenes que emitan por mandato de la ley" (art.15, inc.3). Lo mismo puede decirse respecto al caso de "actuación impropia o de negligencia en los procesos en que intervenga" (art.15, inc.2). La inevitable apreciación valorativa que exige la aplicación de los textos citados deberá ser debidamente fundamentada en hechos que serán probados en el proceso disciplinario que se instaure. Este procedimiento debe ser la manera normal de sancionar a los miembros del M.P., las excepciones establecidas en el reglamento (arts.10 y 12). En el reglamento se ha tenido cuidado de respetar la potestad dada a la Junta de Fiscales Supremos (órgano colegiado) para imponer sanciones más graves: suspensión y destitución. Así mismo se ha previsto, debidamente, la manera cómo el quejado o denunciado puede ejercer su defensa (art. 7, incs. b y d). Una medida complementaria a la defensa del procesado es la exigencia de que, en caso de rebeldía, la imposición de la destitución o suspensión requiere la unanimidad de los Fiscales Supremos (arts. 8 y 10. Ver comentarios al art.55).

Sanciones disciplinarias

Art.52°.- Las únicas sanciones disciplinarias que pueden imponerse son:

- a.- Amonestación;*
- b.- Multa;*
- c.- Suspensión; y*
- d. Destitución.*

Comentario:

La enumeración de las sanciones disciplinarias es casi igual a la contenida en el art. 287 del Proy.

L.O.P.J. de 1974. A diferencia de la L.O.P.J. vigente, art. 92, se hace referencia, en el artículo comentado, a la "amonestación" en lugar del "apercibimiento". De otro lado, no se menciona la separación del cargo o la inhabilitación como lo hacen la ley y el proyecto antes mencionado. esta sanción no es de carácter disciplinario.

Fuentes:

L.O.M.P. Venez. 1970. Art. 60.- Proy. L.O.P.J. 1974. Art. 287.

Iniciación de procedimiento disciplinario sumario

Art.53°.- Las sanciones disciplinarias serán impuestas en procedimiento sumario que establecerá el Reglamento pertinente, por denuncia o queja del Ministerio de Justicia, de un Juez o Tribunal, de parte interesada o de otro Fiscal, presentada al Fiscal de la Nación quien comisionará a uno de los Fiscales Supremos para que la investigue.

Fuentes:

L.O.M.P. Venez. 1970. Arts. 59 y 61.- Proy. L.O.P.J. 1974. Art. 289

Comentario:

La imposición de toda sanción disciplinaria requiere proceso previo. Este proceso es de naturaleza sumaria y se realizará conforme al reglamento.

De acuerdo con éste, la queja o denuncia pueden ser formuladas "ante cualquiera de los Superiores del quejado", quien las elevará en el término de la distancia al F.N. (art.4). De esta manera se eliminan las dificultades prácticas que comportaba la centralización de la denuncia ante el F.N. De la frase final del artículo analizado, se deduce que es necesaria una investigación sobre el hecho denunciado o quejado. En el reglamento citado (art.6), se deja la posibilidad al F.S. investigador para que decida la realización o no de una "investigación preliminar"; la misma que estará, generalmente a su cargo del F.Sup. Decano del respectivo distrito judicial (art.5) y que no puede substituir a la investigación prevista en la ley. Según el reglamento (art 7, inc.b9, ésta se efectuará cuando el F.S. encuentre, en la denuncia o informe del F.Sup.Decano, "indicios de que se ha cometido alguna falta susceptible de sanción disciplinaria". Llevada a cabo la investigación, el F.S. comisionado presentará el caso a la Junta de Fiscales Supremos, mediante un informe en el que propondrá ya sea el archivamiento de los actuados, en caso de encontrar responsabilidad por parte del investigado, o ya sea la sanción disciplinaria por imponerse, en el caso contrario (art.7, inc. e). La potestad de juzgar disciplinariamente de la Junta de Fiscales Supremos constituye una garantía prevista en la L.O.M.P. de manera reiterada (arts. 51, 66, inc. 5, 97 inc.4). La investigación preliminar no ha sido prevista en relación con los Fiscales Superiores (art.11).

El reglamento no es totalmente, conforme a la ley, cuando atribuye a la Junta de Fiscales Supremos la facultad de omitir la investigación previa a la imposición de la sanción disciplinaria. Según el art. 10, cuando la gravedad de los hechos lo justifique y previa entrevista con el interesado, salvo rebeldía, dicha Junta "podrá aplicar sin mayor trámite las sanciones disciplinarias". A pesar de que se requiere, en estos casos, para la imposición de las sanciones de destitución o de suspensión, la unanimidad de los Fiscales Supremos, ésta no es medida substitutoria suficiente del proceso disciplinario exigido constitucionalmente. El art.248, último párrafo, de la Carta Política es aplicable a los miembros del M.P., en la medida que éstos tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial. Según esta norma, "la destitución de los Magistrados requiere resolución, previo proceso administrativo".

La facultad de los órganos del Poder Judicial o del Ministerio de Justicia a denunciar a un Fiscal o a quejarse de su proceder irregular no va en contra de la autonomía del M.P. Es la consecuencia natural de las actividades que desarrollan en el ámbito de la administración de justicia.

Imposición de la amonestación y de la multa por el superior jerárquico con ocasión de conocerla causa

Art. 54°.- No se requiere procedimiento sumario para imponer las sanciones de

amonestación o multa cuando el superior jerárquico, al tiempo de conocer el expediente en grado, comprueba que se ha cometido una infracción; o cuando el Fiscal Visitador descubra irregularidades en las oficinas visitadas o compruebe faltas en que hubiese incurrido el titular de la oficina visitada.

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 93, 94 y 287.- Ptoy. L.O.P.J. 1974, arts, 286 y 290.

Comentario:

Este artículo regla la potestad disciplinaria básica que ostenta el superior jerárquico cuando, al conocer un expediente en grado, comprueba la comisión de una infracción por el inferior. Esta potestad está limitada a la imposición de amonestación o de multa. Las otras sanciones, por su gravedad, necesariamente requieren procedimiento sumario. Similar potestad tiene el Fiscal Visitador, cuando comprueba faltas incurridas en las oficinas visitadas.

Esta facultad no representa ninguna variación respecto a nuestro ordenamiento y costumbre judiciales. La L.O.P.J. ha permitido este ejercicio disciplinario del superior en grado. Llama la atención que no se hayan precisado los medios impugnatorios contra este tipo de sanciones. La instancia plural es una garantía procesal insustituible; y, por consiguiente, en estos casos, cuando la sanción no sea impuesta por la Junta de Fiscales Supremos, debe proceder la impugnación ante este supremo organismo colegiado.

Las sanciones serán impuestas por acuerdo mayoritario de los Fiscales Supremos. Este es el criterio que se desprende del texto de la ley, pues no existe disposición en la que se estatuya el requisito de la unanimidad para imponer alguna de ellas. En el reglamento se han previsto dos casos: el primero, cuando el procesado incurre en rebeldía durante la investigación preliminar (art.8), y el segundo, cuando la rebeldía tenga lugar ante la Junta de Fiscales Supremos (art.10). La destitución y la suspensión, en el primer caso, y la destitución, en el segundo, requieren de una decisión unánime: Contrario sensu, sería de deducir que tal unanimidad no sería necesaria cuando el procedimiento obedece a las citaciones que se le hace. De esta manera, el rebelde sería favorecido. Ante esta situación, no cabe sino reclamar que su destitución sólo procederá en caso de acuerdo unánime de la Junta.

Los casos previstos en esta disposición han sido considerados en el art.12 del reglamento de sanciones disciplinarias. La expresión genérica: "los Fiscales de rango superior", utilizada en reglamento, debe ser interpretada en concordancia con la disposición legal que analizamos; pues la falta de proceso disciplinario de justifica, en estos casos, por existir -en el expediente judicial o en la vista efectuada- los elementos suficientes que permiten la aplicación de una sanción de poca gravedad.

La sanción debe ser impuesta mediante resolución debidamente fundamentada, contra la que procede apelación "ante el inmediato superior del que impuso la sanción, dentro del término de tres días" (Reg.S.D.,art.12). La decisión del superior es definitiva, ya que "no cabe la interposición de recurso impugnatorio alguno".

El reglamento es impreciso al referirse, en general, al superior; por ejemplo, qué fiscal será competente cuando sean varios los fiscales superiores en un mismo distrito. En caso de duda, sería de reconocer la competencia del F.Sup. Decano. En caso de los Fiscales Supremos, la especialidad sería el criterio determinante para escoger a quien debe conocer la queja o denuncia en apelación.

Determinación de la sanción

Art. 55°.- Las sanciones se aplicarán según la naturaleza de la infracción, sin que sea

necesario seguir el orden con que se exponen en el Artículo 52°.

Fuentes:

Proy. L.O.P.J. art. 296.

Comentario:

Este artículo regla un principio inconcluso de derecho disciplinario: la sanción a la gravedad de la infracción cometida. En consecuencia, no es necesario seguir la prelación establecida en el art. 52. Aun cuando en la L.O.P.J. no existe una disposición parecida a la analizada, los Tribunales y el Organo de Control Interno del Poder Judicial han venido aplicando el criterio consagrado.

Multa

Art.56°.- La multa no podrá ser mayor del 25% del haber básico mensual ni menor del 5%.

Fuentes:

Proy. L.O.P.J. art. 94.- L.O.M.P. art. 52.

Comentario:

En la L.O.P.J. no se señala el quantum de la multa. Se estatuye, únicamente, que no debe ser inferiora mil soles ni mayor de diez mil. En la presente disposición se ha fijado, siguiendo en parte al Proy.

L.O.P.J. 1974 y con mejor técnica legislativa, que no podrá ser mayor del 25% ni menor del 5% del haber básico del funcionario sancionado.

Este criterio nos parece correcto por dos razones fundamentales. En primer lugar, su flexibilidad; y, en segundo lugar, su equivalencia con la capacidad económica del funcionario. La misma infracción podrá ser sancionada con la misma multa en relación a funcionarios de diferente nivel; pero los montos serán diferentes porque diversos son sus haberes básicos.

Suspensión

Art.57°.- La suspensión no podrá exceder de treinta días, con rebaja del haber básico al 50% por el tiempo de la suspensión.

Fuentes:

Proy. L.O.P.J. art. 291.

Comentario:

Igual como en el artículo precedente, la ley ha optado, siguiendo al Proy. L.O.P.J.1974, por fijar un límite temporal para la suspensión. La duración de 30 días nos parece bastante prudente; pues de ser la falta de tal gravedad que la suspensión no fuere sanción suficiente, deberá ser la destitución. En la L.O.P.J., se estatuye, por el contrario, el término de seis meses.

El pago de la mitad del haber durante la suspensión en el cargo, se justifica por la naturaleza de la sanción y por su duración.

Legalidad y derecho de defensa

Art.58°.- Los miembros del Ministerio Público no podrán ser separados ni suspendidos sino por alguna de las causas previstas en la Ley o en su Reglamento, si, en este último caso, fuere consecuencia de falta disciplinaria; siempre con las garantías que respectivamente otorgan en defensa del procesado.

Fuentes:

Proy. L.O.P.J. 1974 art. 291.

Comentario:

El principio de legalidad es garantía básica no sólo en el derecho penal sino también en el derecho disciplinario. Sólo puede suspenderse o separarse del cargo a un miembro del M.P. por las cuales determinadas en la ley o en el reglamento. Esto significa que los casos deben ser claramente estatuidos en la ley, no bastando que se les mencione genéricamente. La separación a que se hace referencia en esta disposición es la destitución; ya que en ninguna disposición de la presente ley se hace mención a este tipo de sanción como sucede en la L.O.P.J. En este caso, se separa al magistrado cuando no reúne los requisitos exigidos para el cargo.

En la última parte de la norma comentada, se reitera la garantía a la defensa de todo Fiscal sometido a proceso. En realidad, es superflua; pues en el art. 51 ha sido ya establecida de manera general.

Traslados

Art.59°.- Los traslados de los miembros del Ministerio Público, cualquiera sea su causa, sólo podrán hacerse a su solicitud o con su anuencia.

Fuentes:

Const. Arts. 242 inc. 2 y 251 pf. penúltimo.

Comentario:

La estabilidad en el cargo de los Fiscales no es sólo un derecho laboral. Constituye, en realidad, una garantía para la independencia y autonomía con que deben ejercer sus funciones. Lo mismo sucede con el Poder Judicial, de ahí que el Estado garantiza a los magistrados judiciales su permanencia en el servicio, en el cargo y en el lugar donde trabajan. En consecuencia, ha prohibido (Const. art. 242, inc.2) que sean ascendidos o trasladados sin su consentimiento. Esta prerrogativa ha sido ampliada para los miembros del M.P. La disposición que comentamos sólo recoge parcialmente la regla constitucional. No se refiere a los ascensos que pueden constituir las medallas que afectan al, aparentemente, premiado, y que lo alejan del conocimiento de un caso en el que mantiene una actitud firme. Por ejemplo, el ascenso de un F.P. de Lima al cargo de F. Sup. en Puno puede determinar hasta su renuncia al cargo. Para evitar esta clase de abusos, resulta indispensable que traslados y ascensos sólo se hagan con el previo consentimiento del interesado. Lo contrario significaría exponer al Fiscal y una presión que le impediría actuar libremente, con lo que se desnaturalizaría la esencia de la carrera fiscal. Por lo demás, la antedicha norma constitucional es aplicable al M.P. por mandato del art. 251 de la Carta Fundamental.

Término del cargo de Fiscal

Art.60°. Termina el cargo de

a.- Por cesantía o jubilación.

b.- Por renuncia, desde que es aceptada.

c.- Por causa del impedimento a que se refiere el artículo 47°, en que es separado aquél cuyo nombramiento estaba impedido, si no fuere posible su traslado a otro distrito judicial.

d.- Por enfermedad inhabilitante o incapacidad sobreviniente, de carácter permanente.

e.- *Por destitución.*

Fuentes:

L.O.P.J. art. 108.- Proy. L.O.P.J. 1974, art. 66.

Comentario:

La ubicación de esta disposición, así como la de la precedente, en esta parte de la ley, no es la correcta. Salvo la última causal de terminación del ejercicio del cargo de Fiscal, ninguno de los restantes, con las responsabilidades y sanciones de los fiscales. Generalmente, esta clase de normasson agrupadas en una sección aparte en las leyes foráneas y aun en nuestra L.O.P.J.

Se cesa por límite de edad (70 años), se jubila por tiempo de servicio. La opción entre una y otra forma de terminar en el ejercicio del cargo está en manos del interesado. La renuncia es el voluntario abandono del cargo; sólo produce efectos desde que es aceptada. De esta manera, se trata de evitar que el funcionario escamotee un proceso disciplinario o una sanción merecida.

En caso de matrimonio de dos miembros del M.P. que ejercen sus cargos en el mismo distrito judicial, uno de ellos deberá dejar el cargo; pues, ambos no pueden hacerlo en el mismo distrito judicial. En principio, el nombramiento de alguien que está impedido, en razón de parentesco, debe ser evitado. En caso de que sea nombrado, la ley deja la posibilidad de que se efectúe el traslado para eliminar el impedimento. Las causales mencionadas en los dos últimos incisos del presente artículo no merecen mayor esclarecimiento. La enfermedad e incapacidad permanentes impiden, físicamente, el normal desempeño del cargo. La destitución inhabilita moralmente al sancionado para ejercer el cargo.

Sanción a terceros

Art.61°.- Los miembros del Ministerio Público pueden amonestar a quien los injurie de palabra o en el escrito que les presente, así como el abogado que lo autorice, poniendo el hecho y la sanción disciplinaria impuesta en conocimiento del Colegio de Abogados respectivo. En los casos de reincidencia o de falta que, a su juicio, exija sanción disciplinaria mayor, denunciará al abogado a su Colegio, para los fines disciplinarios a que hubiere lugar. Pueden proceder análogamente contra quien promueva desorden en la actuación en que intervengan.

Fuentes:

L.O.P.J. arts. 24 inc. e) y 327.- Proy. L.O.P.J. 1974 art. 13 inc. d). Art. 64°

Comentario:

El Fiscal tiene potestad disciplinaria frente a quienes lo injurien de palabra o por escrito, con ocasión del ejercicio de sus funciones. Si se trata de abogados, podrá amonestarlos poniendo el hecho en conocimiento del Colegio de Abogados. Si el abogado reincide o si el faltamiento es más grave y merece mayor sanción disciplinaria, el agraviado denunciará al ofensor ante el Colegio de Abogados para los fines disciplinarios del caso. Análogo poder tiene cuando alguien promueve desorden en la actuación en que dirige el mismo Fiscal; por ejemplo, visita a un organismo público con fines de recoger información. Pero no cuando intervenga en una diligencia judicial propiamente dicha; pues en este caso la dirección de la misma está en manos del juez, quien tiene amplios poderes disciplinarios por su condición de tal. Admitir lo contrario, fomentaría los conflictos de autoridad del magistrado judicial con el Fiscal; lo que perjudicaría a la administración de justicia.

Este numeral no figuraba en el Proyecto remitido por el Ejecutivo a la Comisión Permanente del Congreso. Su inclusión es un acierto; pero el Fiscal debe usar con prudencia la facultad que se le concede.

CAPITULO III

JUNTAS DE FISCALES

Art. 62°.- Los Fiscales Supremos se reúnen en Junta bajo la presidencia del Fiscal de la Nación y asu convocatoria.

Comentario:

Como ya se ha dicho, la Junta de Fiscales es el organismo colegiado de dirección, gobierno y disciplina del M.P. La necesidad de este órgano colegiado radica tanto en el hecho de que en cada instancia no existe un Fiscal que sea el jefe de los demás, o que esté por encima de ellos, cuanto en la particularidad de que en el Perú hay una pluralidad de fiscales del mismo rango en cada instancia y distrito judicial. De acuerdo con los artículos 27, 81 y ss. de la presente ley, en cada Juzgado, Sala y Tribunal debe actuar un Fiscal.

La dirección colegiada importa democratizar las decisiones y directivas, evitar la arbitrariedad y la concentración de demasiado poder en una sola persona.

Los Fiscales Supremos deben reunirse, necesariamente, en Junta de Fiscales para debatir los problemas más importantes de la institución y adoptar los acuerdos indispensables para el normal y efectivo desenvolvimiento del M.P. Este art. precisa que la presidencia de la Junta corresponde al F.N., quien convocará su reunión cuando lo considere oportuno.

Tal facultad concedida al F.N. no es muy acertada, pues podría dar lugar a abusos; por ejemplo, no convocar a la Junta, que podría objetar algunos de sus actos. Ha debido señalarse, como lo hace la L.O.P.J. (art. 127) que la Junta se reunirá también a pedido de por lo menos dos Fiscales Supremos.

Este artículo y el siguiente se refieren sólo a la constitución de la Junta de los Fiscales Supremos, Superiores y Provinciales. Sus atribuciones son enumeradas en los arts. 97, 98 y 99 de la presente ley.

Juntas de Fiscales Superiores y Provinciales

Art.63°.- Cuando los Fiscales Superiores son 3 o más se reúnen en Junta bajo la presidencia y por convocatoria del Fiscal más antiguo o de quien esté ejerciendo sus funciones. Lo mismo ocurre con los Fiscales Provinciales en lo civil y lo penal de una provincia, quienes integran una sola Junta.

Comentario:

La Junta de Fiscales Superiores se constituye siempre y cuando sean tres o más los Fiscales en el Distrito Judicial. La preside el Fiscal Decano; en caso de ausencia, quien ejerza sus funciones. A él le compete, así mismo, su convocatoria. Igual sistema rige en el caso de la Junta de Fiscales Provinciales.

Cuando en la ley se dice "quien este ejerciendo sus funciones", es de comprender quien le suceda en la función de Fiscal Decano; es decir, el Fiscal que le sigue en antigüedad. No se trata, pues, de quien lo reemplace en el cargo con ocasión de vacaciones o licencia. Si esto fuera así, se daría el caso que haría de presidente de la Junta de Fiscales Superiores, el F.P. Decano que substituye, ocasionalmente, al F. Sup. Decano. La duda que pueda surgir de por la defectuosa redacción de esta disposición, es eliminada por lo dispuesto en el art. 88 de esta misma ley.

Por último, señalamos que la ley al indicar que los Fiscales Provinciales, penales y

civiles, formarán una sola Junta y al no hacer la misma distinción en relación con los Fiscales Superiores, significaría que éstos intervendrán indistintamente en los asuntos civiles y penales. Lo contrario parece desprenderse de lo dispuesto en los arts. 27, 81 y ss. (ver comentario al art. anterior y a los arts. citados).

TITULO III

ATRIBUCIONES

F.N. y autonomía judicial

Art. 69°.- El Fiscal de la Nación velará por el cumplimiento efectivo de la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia, para lo que puede solicitar al Presidente de la Corte Suprema la información que crea necesaria.

Si, como resultado de su investigación, considera que se ha producido un acto anormal de la Administración de Justicia o una irregularidad de uno de sus funcionarios, lo pondrá en conocimiento del indicado Presidente con el resultado de su investigación, para los efectos legales consiguientes, sin que, en ningún caso, la acción del Fiscal de la Nación pueda interferir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En el caso de que comprobase la interferencia de una autoridad ajena al órgano jurisdiccional en las funciones propias de éste, procederá a ejercitar contra aquélla las acciones legales procedentes para hacer cesar la interferencia y sancionar al responsable.

Fuentes:

Proy. L.O.D.P: España 1979, art. 15.

Comentario:

Con respecto a la Administración de Justicia, el F.N. tiene el deber de defender su autonomía frente a la intervención de otro Poder y de cuidar que ésta se desenvuelva dentro de sus justos y adecuados cauces. Para este efecto, puede solicitar al Presidente de la Corte Suprema los informes que tenga por conveniente y efectuar la investigación correspondiente para detectar y precisar en que consiste la anormalidad en el accionar de la justicia en un caso concreto. Culminada la investigación y comprobada la anormalidad que motivó su intervención, la pondrá en conocimiento del Presidente del Supremo Tribunal para los efectos legales consiguientes.

Esta intervención del F.N. es expresión de su función de defender la legalidad. Se busca reforzar la autonomía del Poder Judicial. No puede significar por lo tanto ocasión para que el F.N. interfiera en la labor jurisdiccional de los jueces y tribunales. Para esto, su intervención debe ser extremadamente prudente; ya que el cuestionamiento de la labor judicial respecto a las presiones que se ejercen sobre ella es ocasión propicia para interferir en su desarrollo autónomo. Mediante tal intervención no debe propiciarse la variación de la decisión judicial.

Cuando se produzca la intervención de una autoridad ajena al Poder Judicial, el F.N. tiene la obligación de ejercer las acciones legales tendientes a eliminar esta ilegal interferencia y sancionar al responsable. Los mecanismos institucionales y legales al respecto son muy amplios, como lo demuestran las diversas atribuciones reconocidas al F.N.

F.N. y protección de los derechos de la persona.

Art. 70°.- El Fiscal de la Nación velará por el respeto de los derechos de la persona

proclamados por el Título I, Capítulo I, de la Constitución, en el ámbito de la administración pública, incluyendo el de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, sin que en ningún caso interfiera en lo que es propio de los mandos respectivos.

Para dicho efecto actuará las quejas o denuncias que recibiere al respecto, pidiendo, previamente, informe al Ministro de Estado que corresponda. Oportunamente pondrá en conocimiento de éste el resultado de la investigación, con las opiniones o recomendaciones que estimare procedentes.

Fuentes:

Proy.L.O.D.P. España 1979, art. 16.

Comentario:

No es clara la distinción que se hace entre la atribución de actuar contra actos u omisiones contrarios a los derechos de la persona (art. 66, inc. 8) y la de velar por el respeto de los derechos de la persona proclamados por el título I, Capítulo I, de la Constitución (derechos fundamentales de la persona).

La regla del inc. 8 del art. 66 de la presente ley es tan general que no puede pensarse en que no comprende a los atentados cometidos por los órganos de la administración pública sino sólo los realizados por los particulares. De allí que hubiera bastado subrayar, expresamente, en dicho inciso que no escapan a la vigilancia del F.N. los casos que suceden en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales.

Sobre esto último, la alusión a interferencia en lo que es propio a los mandos castrenses y policiales, sólo significa que el F.N. no intervendrá cuando se trate de medidas conformes a la legislación especial, siempre y cuando no sean inconstitucionales. El hecho de que una persona forme parte de las Fuerzas Armadas o Policiales no significa que pierda o disminuyan sus derechos fundamentales.

La posibilidad de un atentado contra los derechos constitucionales siempre está latente en la actuación de todo organismo estatal. Por tanto, es necesario no sólo un control interno sino también externo. Este control está limitado a este aspecto específico y en nada afecta al orden y marcha de las instituciones.

El F.N. calificará las quejas o denuncias que recibiere; pidiendo, previamente, informe al Ministro de Estado que corresponda. Luego, efectuará la investigación si la estima procedente. Y, finalmente, comunicará los resultados de la investigación, junto con las opiniones y/o recomendaciones que estimare procedentes. Está demás indicar que si constatará la perpetuación de una falta administrativa, procederá con arreglo al inc. 7 del art. 66 de esta ley.

Inviolabilidad de la correspondencia del F.N.

Art. 71º.- De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2º, inciso 8º de la Constitución, la correspondencia dirigida al Fiscal de la Nación desde cualquier cuartel, buque, aeronave, puesto de policía, centro de detención o readaptación social, hospital, clínica u otros análogos, cualquiera que sea el lugar de ubicación en la República, no podrá ser objeto de requisamiento o censura de ningún género. Tampoco podrán ser objeto de escucha o interferencia las conversaciones que se produzcan entre el Fiscal de la Nación o su delegado con alguna de las personas aludidas en la primera parte del presente artículo.

La infracción de lo aquí dispuesto es delito comprendido en el artículo 362º del Código Penal.

Fuentes:

Proy. L.O.D.P. España 1979. Art. 12.

Comentario:

La eficiencia de la intervención del F.N. depende de que lleguen a su conocimiento los casos de violación de los derechos de las personas. La vía primordial es la comunicación de los propios agraviados. Su peculiar situación de detenidos o reclusos en los diversos locales judiciales, policiales o castrenses, los colocan en posición desfavorable para quejarse de las injusticias a que consideren estar sometidos.

Esto explica por qué muchos recurren a la huelga de hambre para llamar la atención sobre su caso.

Con el fin de eliminar estos obstáculos, la ley prohíbe toda requisita o censura de la correspondencia dirigida al F.N. La prohibición es absoluta, por cuanto se ha establecido que se refiere a todo género de requisita o censura; es decir, aun a la judicial. La prohibición se extiende, expresamente, a toda interferencia o escucha de las conversaciones que el F.N. o su "delegado" (mejor hubiera sido aludir al Fiscal encargado de la investigación) tuviera con la persona que presta servicios o se encuentra recluida en uno de los lugares mencionados; no necesariamente el agraviado (la ley se refiere a personas aludidas (!) en la primera parte del artículo). La violación a esta prohibición puede consistir en la interferencia de conversaciones personales o telefónicas.

Con gran imprecisión la ley, en el último párrafo, señala que la requisita o censura de la correspondencia y la escucha o interferencia de las conversaciones constituye el delito previsto en el art. 362 del C.P. Pero, esta norma prevé un delito cometido por empleados de postales y detelégrafos abusando de sus cargos; el que difícilmente puede compararse con la acción que prohíbe el artículo comentado. Se trata más bien de una forma agravada de violación de correspondencia, regulada en los arts. 232 y 233 del C.P.; que debió ser expresamente tipificada.

La interferencia de conversaciones no estaba, al momento de dictarse esta disposición, consagrada como delito en el C.P. Recién, se le ha considerado, como un caso de abuso de autoridad, en el D. Leg. No. 121, modificatorio del art. 340 del C.P.

Requisitos de la queja.

Art. 72°.- Toda queja se presentará por el interesado por escrito razonado, en papel común dentro de los seis meses siguientes al hecho que la motiva. No es requisito exigible para su admisión firma de abogado, ni pago de tasas, derechos, papeletas mutuales, ni ningún otro de carácter formal o económico.

Fuentes:

Proy. L.O.d.P. España 1979. Art. 13.- Proy. Ombudsman Alberta. 1967. Art. 13.

Comentario:

Interesado es, en el caso previsto por esta disposición, toda persona que tenga un interés directo en relación con el objeto de la queja. Así se desprende de lo establecido en el art. 67, que es una norma dirigida a regular el mismo problema. Esta interpretación sistemática permite igualmente, comprender que la presentación de la queja no puede ser sólo realizada por el interesado, sino también por un tercero. En el art- 67, se hace referencia a un "intermediario". Comprender literalmente la frase inicial de la norma comentada significaría limitar en exceso el ámbito de protección de los derechos del afectado.

En el art. 68, han sido considerados otros interesados en defender los derechos humanos: parlamentarios, comisiones parlamentarias y asociaciones dedicadas a protegerlos. Por razones de seguridad y garantía, las quejas que ellos formulen deben ser formalmente planteadas.

La queja sólo puede formularse por escrito, lo que en un país con gran número de analfabetos es incorrecto. El legislador ha hecho bien por tanto, cuando dispone, en la ley 23506, que la acción de habeas corpus "puede ser ejercida por escrito o verbalmente". La disposición que estudiamos estatuye que la queja debe ser formulada por "escrito razonado". Ningún otro requisito formal es exigido a la queja. Con el fin de evitar "leguleyadas" de algún juez, la ley 23506, art. 13, dispone que "puede ejercer la acción de habeas corpus la persona perjudicada o cualquier otra en su nombre, sin necesidad de poder, papel sellado, boleta de litigante, derecho de pago, firma de letrado o formalidad alguna". Con esto se busca facilitar la defensa de los derechos fundamentales.

Se establece, en este artículo, un plazo de prescripción para interponer la queja. Su duración es de seis meses a partir del hecho que la motiva. Aun cuando la ley no lo establece, la queja se refiere a irregularidades administrativas y no a las de carácter civil o penal. La acción que originen estos últimos prescribe en los plazos señalados por la legislación respectiva.

Admisión de la queja

Art. 73°.- Recibida la queja, el Fiscal de la Nación podrá admitirla a trámite o rechazarla. En este último caso lo hará por resolución fundamentada indicando, en su caso, cuales son las vías procedentes para hacer valer la acción o reclamo, sí, a su juicio, las hubiere. Contra esta resolución no hay recurso alguno.

Fuentes:

Proy. L.O.D.P. España 1979. Art. 20.- Proy. L.C.P., Canadá. 1974 art. 81.- L. Ombudsman Hawai. 1967. Art. 7.

Comentario:

Antes de su tramitación, la queja debe ser calificada por el F.N. En caso de que la considere admisible, procederá con arreglo al artículo siguiente. De lo contrario - que es el supuesto de este artículo - la rechazará mediante resolución fundamentada; pero deberá indicar al quejoso en que vía podrá hacer valer sus derechos. Siendo el F.N. el órgano máximo del M.P. contra su decisión no existe recurso alguno, ni siquiera judicial, puesto que es atribución privativa del M.P.

El rechazo puede deberse a múltiples causas; por ejemplo, que el hecho denunciado no constituya acto contrario a los derechos ciudadanos, o que la autoridad judicial ya ha intervenido.

Es muy conveniente que el F.N. al rechazar la queja, señale al quejoso el camino - si lo hubiera - para la defensa de sus derechos. La ignorancia que tiene el quejoso de los canales procesales existentes para defender sus derechos y la indefensión en que se encuentran, frecuentemente las grandes mayorías, justifican la obligación impuesta al M.P.

Procedimiento e investigación de la queja

Art. 74°.- Admitida la queja a trámite, se procederá a su investigación en forma sumaria, agregándose la documentación acompañada y extendiéndose actas de las declaraciones y cualesquiera otras diligencias que se actuasen. En todo caso el Fiscal de la Nación o el Fiscal que tuviere a su cargo la queja por encargo de aquél, dará cuenta de ella al organismo administrativo afectado para que en el plazo improrrogable de treinta días, más el término de la distancia, remita informe escrito al respecto. La negativa o negligencia del funcionario obligado a emitir informe, dará lugar a un requerimiento escrito para que lo haga dentro de los cinco días siguientes a su recepción, más el término de la distancia, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de resistencia o

desobediencia a un funcionario público.

Fuentes:

Proy. Aer. 250 inc. 4.- L.O.M.P. arts. 5, 66, 67 y 70.- C.P. art. 322.

Comentario:

La queja puede versar, en primer lugar, sobre hechos imputables, de manera general, a un organismo administrativo; y, en segundo lugar, sobre acciones atribuidas a determinadas personas al servicio de la administración pública. La tramitación de las quejas que se refieren a estos últimos casos está regulada en el art. 76. La disposición que comentamos trata de los casos inicialmente señalados. Los arts. 72 y 73 son normas generales con respecto a la que venimos de mencionar.

El artículo 74 se refiere al supuesto de la admisión de la queja. El principio que informa la investigación fiscal en estos casos es el de la sumariedad. El expediente respectivo se formará con la documentación acompañada, las actas de las declaraciones llevadas a cabo y de cualquiera otra diligencia que se actúe. El F.N. tiene amplios poderes para llevar adelante la investigación dentro de los límites legales. El F.N. puede realizar la investigación por sí o encargar a otro Fiscal su substanciación.

Un trámite indispensable es solicitar que el organismo administrativo afectado, en el plazo improrrogable de 30 días más el término de la distancia, informe por escrito sobre la situación que motiva la queja. Cuando el funcionario obligado a informar, en consideración de ser el jefe del organismo administrativo afectado, no cumple con hacerlo, se le requerirá para que lo haga en el término de cinco días más el término de la distancia, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de resistencia o desobediencia a la autoridad (art. 322 del C.P.).

La ley no es suficientemente clara en la parte referente a la negativa o negligencia del funcionario en emitir el informe.

Por negativa no debe entenderse el rechazo expreso a informar, basta que el funcionario no haya cumplido con hacerlo dentro de los 30 días. Vencido este plazo deberá ser requerido bajo el apercibimiento señalado al final del artículo. La negligencia debe ser comprendida como el defectuoso o incompleto cumplimiento de la obligación de informar. En este caso, si el funcionario emite su informe en el plazo legal; pero no lo hace de la manera debida, podrá ser apercibido para que lo haga dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que recibe el requerimiento-

Potestad del M.P. para obtener información de la Administración Pública sobre quejas.

Art. 75°.- Durante la comprobación de una queja o la investigación del hecho que la ha originado, el Fiscal de la Nación o el Fiscal a quien aquél se la hubiere encargado, podrá apersonarse ante cualquier organismo o dependencia de la Administración Pública para obtener cuantos datos e informaciones fueren menester, o proceder al estudio de los expedientes administrativos y cualesquiera otros documentos que creyere útiles para la investigación. A estos efectos no podrá negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativos que se encuentre relacionado con los hechos que son materia de la queja o de la investigación, excepto, únicamente, aquéllos a que se refiere la parte final del artículo 6° de la presente ley.

Fuentes

L.O.M.P. Venez. 1970. Arts. 6 inc. 17 y 39 inc. 11.- Proy. L.O.D.P. España 1979. Art. 22. L. Ombudsman Hawai. 1967. Sección 9

Comentario:

A parte de recepcionar denuncias, pedir informes a los jefes de los organismos afectados, el F.N. o el Fiscal que él designe, puede apersonarse a cualquier organismo o dependencia de la administración pública para obtener todos los datos e informes necesarios; estudiar los expedientes administrativos u otros documentos que considerase útil a la investigación.

Ninguna autoridad puede negarle acceso a esas fuentes de información, salvo que se trate de documentos cuya divulgación pueda afectar la seguridad nacional. La información obtenida debe, posteriormente, figurar en el expediente que el F.N. organice respecto a su intervención. Con este objeto, el F.N. puede solicitar copias de los documentos o confeccionar actas en la que aparezcan los resultados de su visita al organismo o dependencia públicos.

Informe del quejado y presentación de pruebas de descargo.

Art. 76°.- Cuando la queja admitida a investigación afectase la conducta de las personas al servicio de la Administración Pública, el Fiscal de la Nación informará al respecto al Jefe del Organismo Administrativo correspondiente, con copias dirigidas a las personas afectadas y a su inmediato superior jerárquico. En este caso el afectado informará sobre los hechos que motivan la queja por intermedio de su superior jerárquico y en el plazo de los cinco días siguientes a la recepción de la copia indicada, acompañando la documentación que creyere conveniente para su descargo. El Fiscal de la Nación o el Fiscal encargado de la investigación podrá comprobar la veracidad de dicho informe y su documentación acompañada y citar al afectado para una entrevista personal, de la que se dejará constancia en acta si lo creyere conveniente el investigador o lo pidiere el declarante.

Fuentes:

Proy. L.O.D.P. España. 1979. Art. 23.- Proy. L.C.P. Canadá 1974. Arts. 9 y II- 1.

Comentario:

Si la queja concierne al comportamiento de las personas al servicio de la administración pública, mas no al funcionamiento de un organismo administrativo (art. 74), se procederá conforme al trámite señalado en el artículo que comentamos. En esta parte de la ley, la técnica legislativa deja bastante que desear. La distinción entre las situaciones reguladas en los artículos 74 y 76 no es suficientemente clara. Las quejas conciernen, aun cuando sean muy generales, al comportamiento de los servidores de los organismos administrativos. El término afectar utilizado por el legislados no es el más apropiado para hacer referencia a las quejas cuyo trámite se desea regular mediante la disposición señalada.

El quejado deberá remitir su informe por intermedio del superior jerárquico, dentro de los cinco días siguientes de la fecha en que se le notificó la queja. En su descargo acompañará los documentos que confirmen sus afirmaciones. La veracidad de las afirmaciones en descargo y la autenticidad de los documentos será verificadas por el encargado de la investigación. A iniciativa del Fiscal o del quejado puede efectuarse una entrevista personal. Esta diligencia debe constar en un acta; pues, se trata de un sumario escrito. No nos parece correcto que se deje al arbitrio del Fiscal o del funcionario quejado la decisión de que se levante el acta respectiva.

Obligatoriedad del requerimiento fiscal

Art. 77°.- El superior jerárquico o el organismo administrativo que prohíba al funcionario o servidor a sus órdenes que responda a la requisitoria del Fiscal de la Nación o al Fiscal encargado de la investigación de una queja, deberá hacérselo saber a

éste por escrito fundamentado, así como al requerido o emplazado. Si, no obstante, el Fiscal de la Nación insistiere en su requisitoria, el superior jerárquico o el administrativo correspondiente levantará la prohibición. En todo caso, quien emite la prohibición queda sujeto a las responsabilidades legales a que hubiere lugar, si se establece que su prohibición carecía de justificación.

Fuentes:

Proy. L.O.D.P. España 1979. Art. 24.

Comentario:

El requerimiento del Fiscal para que el quejado informe puede ser bloqueado por la prohibición que dicte el superior jerárquico. Sin embargo, no existe razón alguna, en principio, para que la intervención del Fiscal se vea dificultada por una decisión del superior jerárquico; sobre todo, si el quejoso tiene por objeto obtener protección o impedir se perjudique uno de sus derechos. Por esto, se dispone, primero, que la prohibición debe ser levantada cuando insista el Fiscal en su requerimiento; y, segundo, que quien prohíbe queda sujeto a responsabilidad en caso que su decisión fuera injustificada.

Si el fiscal no insiste en su pedido, es de suponer que no considera indispensable - de acuerdo a la naturaleza de la queja - el informe del quejado. Esto impedirá, por ejemplo, que pueda ser denunciado el superior jerárquico como responsable de violencia o resistencia a la autoridad. Sólo procederá cuando no levante la prohibición a pesar de la insistencia del Fiscal.

No siendo obligatoria la entrevista y siendo factible que no se obtenga el informe escrito del quejado, surge la posibilidad de que la queja sea el resuelta sin escuchar o leer la opinión del quejado.

Conclusión de la investigación y recomendaciones del Fiscal

Art. 78° .- Cuando de la investigación practicada resultare que se ha producido una indebida conducta funcional, el Fiscal de la Nación o el Fiscal encargado de aquélla se dirigirá al superior jerárquico o al organismo administrativo al que pertenece quien es objeto de la queja, para hacerle saber dicho resultado y sus recomendaciones al respecto. Copia de este oficio será remitido directamente al afectado o al organismo respectivo.

Fuentes:

Proy. L.O.D.P. España 1979. Art. 25.- Proy. L.C.P. Canadá 1974. Arts. 11. 1 y 11.2.

Comentario:

De esta disposición se desprende que el legislador ha distinguido las quejas, en cuanto a su resultado, en dos clases: primero, las que se refieren a la conducta del servidor público en su ámbito personal; y, segundo, las que conciernen la inconducta del servidor en el desempeño de sus funciones. Esta distinción sólo encuentra fundamento en el hecho que el Fiscal deberá, en el segundo caso regulado en la norma comentada, formular recomendaciones. Lo que no está obligado a hacer cuando la investigación sólo se comprueba una inconducta personal del servidor público.

El resultado de la investigación debe ser siempre comunicada al quejado (sindicado incorrectamente en la ley con la expresión "afectado por la queja"). De allí que en el lugar de la conjunción alternativa "o", utilizada en la última oración de la disposición, debió emplearse la conjunción acumulativa "y".

Afectos de las quejas sobre los términos procesales

Art. 79°.- Las quejas, sus trámites y resoluciones no interrumpen ni suspenden los

términos o plazos de los expedientes administrativos o judiciales sobre los que versan aquéllas. Tampoco anulan o modifican lo actuado o resuelto en éstos.

Sin embargo, si el Fiscal de la Nación llegase al convencimiento, como consecuencia de la investigación, que el cumplimiento riguroso de lo resuelto en un expediente administrativo ha de producir situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, deberá poner el hecho en conocimiento del órgano administrativo competente para que adopte las medidas pertinentes.

Fuentes:

Proy. L.O.D.P. España. 1979 -arts, 18, 20 in fine y 21 in fine.

Comentario:

La investigación fiscal en nada afecta a los expedientes administrativos o judiciales en giro. No suspende los términos o plazos ni anula o modifica las resoluciones que en dichos procesos se expidan.

Esta separación de ambos procesos o procedimientos deja de tener efectos cuando, por la rigurosa aplicación de lo resuelto en la queja, pudiera producir situaciones injustas o perjudiciales para los administrados. En estos casos el F.N. pondrá en conocimiento de lo ocurrido a la autoridad administrativa. Esta excepción no funciona en relación al proceso judicial que tiene sus propios canales. La autoridad administrativa adoptará las medidas cautelares del caso.

El Fiscal opina, con autonomía, respecto a si la resolución que recaiga en la queja tendrá o no repercusiones perjudiciales a los administrados. En consecuencia, deberá hacer las recomendaciones necesarias; pero es la autoridad administrativa la que adoptará, bajo su responsabilidad, las medidas cautelares del caso. Estas pueden o no concordar con las recomendaciones del Fiscal.

Denuncia del F.N. al conocer hecho delictuoso con ocasión del ejercicio de su cargo

Art. 80º.- Cuando el Fiscal de la Nación, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictuosos, remitirá los documentos que lo acrediten, así como instrucciones, al Fiscal Superior que corresponda, para que éste, a su vez, los trasmita al Fiscal Provincial en lo penal competente, par que interponga la denuncia penal o abra la investigación policial previa que fuere procedente.

Fuentes:

Proy. L.O.D.P. España 1979. Art. 27 inc. 1.

Comentario:

El F.N. actúa de oficio cuando toma conocimiento en el ejercicio de sus funciones, de una acción que objetivamente configura un delito. El uso de los términos conducta y hechos es bastante incorrecto. Siguiendo el lenguaje de antiguas leyes pudo decirse únicamente hechos, como en diversas oportunidades aparece aun en disposiciones del Código penal y del Código de Procedimientos Penales. La conducta es un hecho realizado por una persona. Hecho es, en realidad, todo suceso; por ejemplo, tanto el que llueva como el matar a alguien.

Dos observaciones nos merecen además este artículo. Primero, la referencia a los documentos que el

F.N. debe remitir al F. Sup. parecería suponer que la acción típica detectada debería

estar siempre acreditada mediante pruebas escritas (documentos). Debe ser así, la intervención del F.N. se vería muy limitada, pues, no podría denunciar una acción probada por otros medios. Segundo, creemos que afectará la celeridad de la acción del M.P. el hecho que se establezca la intervención necesaria del F. Sup. en la tramitación de la denuncia. Muy bien se pudo disponer que el F.N. ponga en conocimiento del F.P. la acción detectada y remita copia de la comunicación del F. Sup. para que ejerza el control respectivo.

La última parte del artículo señala las posibilidades que tiene el F.P. una vez que recibe la comunicación y los documentos remitidos por el F.N. Conforme al art. 94, inc. 2, el F.P. puede, alternativamente, formalizar la denuncia ante el juez (sin más trámite) o abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable. Es decir que el F.P. no está obligado a formular la denuncia a pesar de que el F.N. hay creído que procede hacerlo. De otro lado, significaría que el F.N. puede apreciar superficialmente la acción detectada, la misma que deberá ser confirmada en su naturaleza por el F.P. Empero, si de los documentos remitidos por F.N. se desprenden claras presunciones de la comisión del hecho, el F.P. deberá, sin más trámite, formular la denuncia. la defectuosa redacción de esta disposición puede dar lugar, en la práctica, a múltiples conflictos.

Competencia de los Fiscales Supremos

Art. 81°.- De los Fiscales Supremos, uno atiende los asuntos penales; otro, los civiles y el tercero interviene en los procesos contenciosos-administrativos de acuerdo con su respectiva especialidad y lo dispuesto en la presente Ley y su Reglamento.

Fuentes:

Const. Art. 251.- L.O.P.J. art. 337.

Comentario:

Este artículo fija, en lo esencial, los campos de actividad de los demás Fiscales Supremos. Determina que cada uno se ocupará, separadamente, de los asuntos penales, civiles y contencioso- administrativos, de acuerdo con su respectiva especialidad. Esta exigencia nos parece impracticable; pues siendo rotativo el ejercicio de la Fiscalía de la Nación, implica que por lo menos el primer F.N. amplios conocimientos de las tres especialidades mencionadas. En realidad, lo exigible es que quienes ocupen las Fiscalías Supremas sean juristas capaces de desempeñarse correctamente en cada una de las especialidades cuando sea necesario que la ocupen, ya que normalmente deberá despachar en el campo que más conoce. La manera como se procederá a efectuar esta distribución, será materia del Reglamento respectivo.

Atribución del F.S. en lo penal

Art. 82°.- Corresponde al Fiscal Supremo en lo penal:

1.- Interponer, cuando lo considere procedente, el recurso de revisión de la sentencia condenatoria ante la Sala Plena de la Corte Suprema o participar en el proceso que lo origine cuando es interpuesto por el condenado u otra persona a quien lo concede la Ley; proponiendo, en todo caso, la indemnización que corresponda a la víctima del error judicial o a sus herederos.

2.- Deducir la nulidad de lo actuado en un proceso penal en que se ha incurrido en irregularidades procesales en perjuicio del derecho de defensa del procesado, o se le ha condenado en ausencia, o reviviendo proceso fenecido, o incurriendo en alguna otra infracción grave de la Ley procesal.

3.- Solicitar al Presidente de la Corte Suprema la apertura del proceso disciplinario contra el Juez o los miembros del Tribunal que han intervenido en el proceso penal en que se han cometido los vicios procesales a que se refiere el inciso precedente.

Recurrirá al Fiscal de la Nación si se tratare de responsabilidad civil o penal de dichos Magistrados o si el responsable de la infracción fuere un miembro del Ministerio Público, para los efectos consiguientes.

4.- Emitir dictamen ilustrativo en los procesos de extradición, pronunciándose sobre la procedencia o improcedencia de la solicitada.

5.- Instruir, por la vía más rápida, al Fiscal Provincial en lo Civil del lugar en que se encuentran los bienes del condenado a la pena anexa de la interdicción civil para que, dentro de las 24 horas de ejecutoriada la sentencia, solicite el nombramiento judicial de curador.

6.- Las demás que establece la Ley. Comentario:

Comentario:

Inc. 1

La revisión es una institución procesal excepcional, dirigida contra la firmeza de la cosa juzgada. Su objeto es lograr un nuevo examen de la sentencia condenatoria firme, para enmendar errores judiciales consistentes en la sanción indebida del procesado. Dada su naturaleza, sólo puede interponerse ante el Supremo Tribunal y está sometida a un trámite especial. Como al M.P. le interesa no sólo la sanción del responsable sino la realización de la justicia, se justifica la potestad que se le reconoce de interponer dicho recurso o de intervenir en el proceso cuando un tercero lo interponga. Implicando la revisión un cuestionamiento de la acción del M.P., su intervención resulta necesaria. Sea cual sea la naturaleza de su intervención, demandará la reparación del perjuicio causado a la víctima por el error judicial cometido. Esta indemnización es mandato constitucional (art. 233, inc. 5).

Inc. 2

"Deducir la nulidad" significa hacer uso de un medio impugnativo contra las resoluciones o actos procesales de los jueces que adolecen de errores de hecho o de derecho. Se trata de un control de la primera decisión o del acto procesal impugnados, mediante un nuevo análisis del material probatorio y de la manera como ha sido aplicada la ley. Este control está a cargo de un órgano judicial superior. En el proceso ordinario, la Sala penal de la Corte Suprema; en el proceso sumario, el Tribunal Correccional. Esta pluralidad de instancias es garantía constitucional de la administración de justicia (art. 233, inc. 18, Const.)

El resultado del recurso impugnatorio es, en caso de comprobarse el error o irregularidad señalada, de dejar sin efecto la resolución o acto procesal viciados y, también muchas veces todo lo actuado con posterioridad. La situación regulada en el inciso comentado es la referente a graves infracciones de la ley procesal durante la substanciación de una causa penal. El C.P.P. (arts. 292 y s.) regulada en detalle el recurso de nulidad. La enumeración de los casos en que procede la nulidad contenida en el art. 298 del mencionado Código, ha sido completada por el inciso analizado en cuanto señala, expresamente, "las irregularidades procesales en perjuicio del derecho de defensa del procesado" y los casos de condenar en ausencia y de revivir procesos fenecidos. Sin embargo, es de aclarar que estas circunstancias se encuentran ya comprendidas en la fórmula genérica del inc. 9 de la disposición procesal. La misma que se refiere a toda otra "infracción grave de la ley". En el inciso que comentamos, se precisa diciendo "de la ley procesal". Esto no afecta ni es implicante con la norma del C.P.P.C

Las hipótesis planteadas por el C.P.P. y la L.O.M.P. no abarcan, expresamente, el caso de deducir la nulidad ante el mismo órgano judicial que debe absolver el grado. Por

ejemplo, el Tribunal Correccional que vio en segunda instancia la sentencia dictada por el juez instructor en caso de seducción (proceso sumario) no puede anular su propia resolución. En la práctica, esta decisión final es vista por la Corte Suprema, mediante el mecanismo del recurso de queja por denegación del recurso de nulidad planteado por el interesado. Por el contrario, las resoluciones supremas sólo pueden ser reexaminadas por la Sala Plena de la Corte Suprema por la vía extraordinaria de la revisión. el principio de la cosa juzgada rige plenamente, conforme el art. 233, inc. 11, de la Constitución. El inciso 2 del art. 82, comentado, no se refiere, "ni en la letra ni en el espíritu", al recurso de la revisión, que es materia del inciso primero de la misma disposición. No modifica, por tanto, el art. 361 del C.P.P. que señala, taxativamente, los casos en que procede ese recurso excepcional de revisión.

Como lo hemos señalado antes, estamos ante el recurso de nulidad. Los casos en que procede, el momento de interponerlo (24 horas siguientes a la resolución impugnada), quien esta facultado a deducirlo, los efectos que produce y, en general, todas sus demás características están regulados en la ley procesal. El F.S. en lo penal esta, igualmente, sometido a estas exigencias al hacer uso de la atribución que se le reconoce en la disposición comentada.

Interpretación diferente ha hecho la Sala Penal de la Corte Suprema, en resolución del 23 de setiembre de 1981 (El Peruano del 24.9.81, p.3), al amparar el recurso de nulidad, deducido varios días después por el F.S. en lo penal, de una resolución emitida por la misma Sala sin haber escuchado al recurrente por no haber estado, al momento de la primera resolución, en funcionamiento las Fiscalías Supremas (sus titulares juramentaron el 15 de setiembre). En dicha resolución se dice "que si bien se trata de la petición de nulidad de una resolución judicial que tiene la calidad de inmovible "erga omnes", al haber sido expedida por la Sala Penal del Supremo Tribunal en última instancia, las consideraciones que preceden, en especial, la etapa de modificaciones legales que atraviesa la vida democrática de la Nación, hacen que esta Sala Penal estime procedente la petición del señor representante del M.P. que reclama su intervención en este proceso como defensor del pueblo y vigilante de la legalidad en el país, porque no puede desconocerse, ahora, su derecho a intervenir en causa en que no intervino cuando estaba llamado por ley a hacerlo, derecho del que carece por cierto la persona particular; que, en consecuencia, la presente Ejecutoria no causaprecedente alguno para los particulares, sino sólo para el M.P. en los casos análogos en que tuviera por conveniente hacerla válida".

Las consecuencias de esta resolución son de considerar teniendo en cuenta, además, que la resolución anulada absolvía a procesados por tráfico ilícito de drogas.

En relación con los casos de condena en ausencia, señalados en el inciso estudiado, es de distinguirse situaciones. La primera, es la referente a las sentencias condenatorias contra ausentes dictadas antes de entrar en vigor la actual Constitución; y, la segunda, concierne a las emitidas con posterioridad violando la prohibición contenida en el art. 233, inc. 10, de la Carta Política. De darse este último caso (por ejemplo, un Tribunal Correccional condena a un ausente, en lugar de reservar el proceso contra él), el F.S. en lo penal debe pedir la nulidad de lo actuado, al momento de conocer del caso. Partimos siempre del presupuesto que la norma analizada se refiere al recurso de nulidad regulado en la ley procesal vigente. El primer caso ha sido resuelto, expresamente, en el art. 5 del D.Leg. No. 125. El condenado en ausencia, antes de entrar en vigor la Constitución actual, puede solicitar la anulación del fallo condenatorio respecto a él para los fines de un nuevo juzgamiento. El presupuesto es que dichos fallos condenatorios son firmes por haber sido dictados conforme a la anterior Constitución y a las leyes entonces vigentes. La finalidad es adecuar dichas resoluciones a los nuevos principios constitucionales. La cosa juzgada es dejada de lado en cuanto favorece al condenado en ausencia, al consolidarse la garantía procesal de no condenar en ausencia, al hacerla depender de la iniciativa del propio interesado y, por último, al no poder ser aumentada la pena impuesta en la sentencia dictada en su ausencia. Sin estas limitaciones, principalmente la de la exclusión de la *reformatio in pejus*, sería ilusorio el derecho que se reconoce al condenado en ausencia.

La permeabilidad del principio de la cosa juzgada en Derecho penal ha sido admitida en nuestro medio con gran liberalidad en favor del delincuente. En el art.8 del C.P. se estatuye, desde 1924, que "las modificaciones de la ley penal dictadas después de la sentencia o durante la condena, limitaránla pena conforme a la ley más favorable". La constitucionalidad de esta norma está dada por el art.

187 de nuestra Carta Política (ver D.s. No. 017-81-JUS del 8.9.81). Fuera de estos casos excepcionales, en Derecho penal, rige plenamente la cosa juzgada, en virtud de la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos (art. 233, inc. 11).

Inc. 3

En este inciso, se regula una función que es común a los Fiscales Supremos, cualquiera que sea la naturaleza de los asuntos que conozcan. Casi en los mismos términos reproduce lo dispuesto en el art. 84, inc. 1 (in fine) e inc. 2. En concordancia con lo dicho respecto a estas disposiciones, deducimos que cuando se han cometido serios vicios procesales en la causa remitida a su despacho para dictamen, el F.S. en lo penal -atento a su función de controlador del desempeño funcional del juez y de su inferior jerárquico- debe denunciar al responsable. El camino es diferente cuando se trate de jueces y vocales o de miembros del M.P. En el primer caso, solicitará al Presidente de la Corte Suprema de la República la apertura del proceso disciplinario; en el segundo caso, dada la independencia del M.P., dará cuenta a la Junta de Fiscales a que pertenece, para los efectos consiguientes (inc. 4 del art. 96).

Cuando la responsabilidad de los jueces y fiscales sea de carácter civil o penal, dará cuenta al F.N., quien decidirá si procede la interposición de la demanda o denuncia, según el caso. Esta potestad del

F.N. está regulada, de manera expresa, respecto a la responsabilidad penal derivada de la actuación judicial, en el art. 66, incs. 4 y 5. En el primero de los incisos citados, sólo se hace referencia a que la denuncia o queja proceda del Ministro de Justicia, de una Junta de Fiscales o del agraviado. Su expresa mención en la norma que comentamos y la remisión hecha a los vicios procesales señalados en el inciso anterior, confirman nuestra idea que el ejercicio de las atribuciones del F.S. en lo penal está regulada en relación con su intervención en un proceso penal en trámite en la Corte Suprema (ver comentarios al inciso precedente).

Inc. 4

La extradición es una manifestación de soberanía del Estado. Se trata de la entrega, por parte del Estado, de una persona que se encuentra en su territorio, a otro Estado que lo reclama, a fin de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena. Por esto, el art. 109 de la Constitución estatuye que la extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema. En nuestra legislación, la extradición es activa o pasiva, según sea el Estado peruano el solicitante o el solicitado. En ambos casos, la Corte Suprema es un órgano consultivo. antes de pronunciarse deberá consultar, a su vez, con el F.S. en lo penal. Teniendo el M.P. la función de perseguir al delincuente se encuentra, plenamente, justificada su intervención en los procesos de extradición.

Inc. 5

De acuerdo con la concepción imperante en el C.P. (art. 65), el M.P. perseguirá, conforme al art. 1o. de la presente ley, no sólo el castigo del delincuente sino también la efectividad del daño causado a la víctima (reparación civil). Con este objeto, y además con el fin de proteger los bienes del condenado inhabilitado, la ley dispone que el F.S.

instruya rápidamente al F.P. en lo civil, del lugar donde se encuentran los bienes, para que solicite -dentro de las 24 horas siguientes de ejecutoriada la sentencia- el nombramiento judicial de un curador. Este mismo procedimiento expeditivo pudo ser establecido para los casos en que el F.N. debe poner en conocimiento del F.P. la comisión de un acto delictuoso, que él mismo ha detectado en el ejercicio de sus funciones. En el art. 80, se ha dispuesto, por el contrario, que lo hará por intermedio del F. Sup.

Dos imprecisiones contiene este inciso. En primer lugar, se refiere a la pena anexa de interdicción civil, en lugar de pena accesoria. En segundo lugar, omite referirse a la pena de rehabilitación que puede ser parcial o total; temporal o permanente (arts. 28 y 30 del C.P.).

Es de comprender que en estos últimos casos -cuando se afecta la facultad del condenado de disponer o administrar sus bienes- el F.S. procederá de la misma manera que cuando se dicte la interdicción civil (art. 32 del C.P.).

Inc. 6

Este inciso deja abierta la posibilidad para que en otras leyes se estatuyan otras atribuciones a favor del F.S. en lo penal.

Intervención del F.S. en lo penal

Art. 83°.- El Fiscal Supremo en lo Penal emitirá dictamen previo a la sentencia en los procesos siguientes:

- 1.- En los que se hubiese impuesto pena privativa de la libertad por más de diez años.*
- 2.- Por delito de tráfico ilícito de drogas.*
- 3.- Por delitos de terrorismo, magnicidio y genocidio.*
- 4.- Por los de contrabando y defraudación de Rentas de Aduana.*
- 5.- Por delito calificado como político-social en la sentencia recurrida o en la acusación fiscal.*
- 6.- Por delitos que se cometen por medio de la prensa, radio, televisión o cualesquiera otros medios de comunicación social, así como los delitos de suspensión, clausura o impedimento a la libre circulación de algún órgano de expresión.*
- 7.- Por delito de usurpación de inmuebles públicos o privados.*
- 8.- Por delito de piratería aérea.*
- 9.- Por delito de motín.*
- 10.- Por delito de sabotaje con daño o entorpecimiento de servicios públicos; o de funciones de las dependencias del Estado o de Gobiernos Regionales o Locales; o de actividades en centro de producción o distribución de artículos de consumo necesario, con el propósito de trastornar o de afectar la economía del país, la región o las localidades.*
- 11.- Por delitos de extorsión, así como en los de concusión y peculado.*
- 12.- Por delitos contra el Estado y la Defensa Nacional.*
- 13.- Por delitos de rebelión y sedición.*
- 14.- Por delitos contra la voluntad popular.*
- 15.- Por delitos contra los deberes de función y deberes profesionales.*
- 16.- Por delitos contra la fe pública.*
- 17.- Por delitos de que conoce la Corte Suprema de modo originario.*

18.- *Por los demás delitos que establece el Código de Procedimientos Penales.*

Fuentes:

Const. Arts. 250 incs. 5 y 6; 2 inc. 20-g; y 109.- L.O.P.J. art. 334, inc. 3.

Comentario:

Este numeral no otorga intervención al M.P. en todos los asuntos que llegan a conocimiento de la Corte Suprema, sino a determinados procesos taxativamente estipulados en la ley. El criterio seguido para esta distinción parece ser el de evitar que la Fiscalía se vea recargada de numerosos procesos sin mayor trascendencia. Lo que afectaría su labor e influiría en la lentitud de la administración de justicia penal. Sin embargo, la intervención del F.S. en lo penal es múltiple. En primer lugar, se ha establecido que debe intervenir cuando la pena privativa impuesta sea mayor de diez años, vale decir, que el punto de partida es la gravedad de la penalidad impuesta, sin considerar el delito ni la calidad de su autor. En segundo lugar, se han precisado los delitos en los que le corresponde intervenir, sin importan el quantum de la pena, estando referidos a bienes jurídicos, fundamentalmente, públicos y de trascendencia social. En tercer lugar, se ha estatuido la participación del Fiscal Supremo en lo penal en los delitos que conoce de modo originario la Corte Suprema; debido al cargo público que ostenta la persona imputada de la comisión de un delito.

Consideramos, ante todo, que es serio error la forma como se han determinado los delitos en cuyos procesos debe intervenir el F.S. en lo penal; pues, se ha recurrido a un criterio carente de solidez y sin antecedentes en el derecho comparado. La única clasificación que goza de consenso doctrinario es la que determina la intervención del Fiscal en los casos de ejercicio público de la acción penal, negándole participación en los mal llamado "delitos privados"; distinción que, por lo demás, ha adoptado esta ley en su art. 11, en concordancia con nuestra tradición legislativa.

El hecho de que, sin esta limitación, el F.S. se vería abrumado por todo tipo de procesos penales, no justifica que se sustraiga de su conocimiento los delitos de ejercicio público de la acción penal. La titularidad de esta hace obligatoria su intervención y control. El problema del volumen de expedientes sería solucionado, en parte, con una adecuada infraestructura de la Fiscalía Suprema en lo penal y con el auxilio de personal competente y bien dirigido; la institución del Fiscal Adjunto tiende a resolver, en lo sustancial, este problema. Otra forma de afrontar la congestión de procesos sería regular, adecuadamente, el recurso de casación, así como precisar mejor los casos en que procede la interposición del recurso de nulidad. La economía procesal no puede atentar contra la naturaleza del proceso penal en cuanto se refiere a la intervención del M.P.

El criterio adoptado en esta disposición ha sido, totalmente, cambiado a través del D. Leg. No. 124 que regula el procedimiento penal sumario. De un lado, si de acuerdo con el numeral analizado, la regla era que el F.S. en lo penal debía intervenir en todos los casos en que la pena fuese superior a diez años, sin importar el tipo de delito reprimido, de acuerdo con el mencionado D. Leg. se tiene en cuenta la clase de infracción para determinar cuando el agente debe ser procesado sumariamente. Con esto, se fijan los casos en que no procede el recurso de nulidad. Por ejemplo, según el art. 2, inc.5, pf. a, el juez sentenciará los casos de asalto y robo (art. 239) y el Tribunal Correccional hará de segunda instancia. A pesar de que la pena fuera mayor de diez años, no se verá en la Corte Suprema porque el recurso de nulidad es, conforme al art. 9 del D. Leg. 124, improcedente en los casos sujetos a juicio sumario. De otro lado, la enumeración de delitos en cuyos procesos debía intervenir, de acuerdo el artículo analizado, ha sido variada porque algunos han sido sometidos a las reglas del proceso sumario, lo que impide que suban a la corte Suprema en nulidad. Por ejemplo, el delito de usurpación (arts. 257 y 258 C.P.),

delito de abuso de autoridad (arts. 337 a 342 C.P.), delito contra la voluntad popular (arts. 314, 315 y 316 C.P.), delitos contra la fe pública (arts. 364 a 368, 372 y 381 C.P.). Todas estas infracciones se encuentran mencionadas en el art. 2 del D. Leg. No. 124

De todo esto se desprende que el F.S. en lo penal sólo intervendrá, primero, en los casos que lleguen a la Corte Suprema con recurso de nulidad y, sólo, cuando la pena impuesta sea mayor de diez años; y., segundo, en los casos de los delitos enumerados expresamente en el art. estudiado y que no hayan sido sujetos al procedimiento sumario (ejemplo de este último caso son los delitos contra el Estado y la Defensa Nacional). Esta segunda regla constituye una excepción con relación a la primera.

Las variaciones del procedimiento penal realizadas mediante la L.O.M.P. y el D. Leg. 124, en un lapso tan breve, demuestra una clara inseguridad en la concepción procesal que inspira a sus autores y, además, crea una confusión inconveniente en materia que debe ser clara y precisa. La confusión aumenta debido a que la modificación del artículo que comentamos, mediante el D. Leg. No. 124, no ha sido decretada de manera expresa.

De otro lado, no podemos dejar de señalar la incompatibilidad existente entre el D. Leg. 124 y el art. 233, inc.3, de la Constitución. En esta disposición, se establece como garantía de la administración de justicia, la "publicidad en los juicios penales". El sentido de esta oración la esclarece esta misma disposición, en cuanto establece que sólo por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional o en consideración a intereses de menores, de la vida privada de las partes o de una recta administración de justicia, los tribunales dispondrán - por decisión unánime de sus miembros - a disponer que el juicio o parte de él se sustancia en privado. Sin duda alguna, los constituyentes pensaron al redactar esta disposición, en el juicio oral que se realiza ante un Tribunal Correccional.

Es decir, el debate oral en el que se analizan los hechos y las pruebas actuadas durante la investigación judicial. En consecuencia, no puede considerarse satisfecha la garantía de la publicidad en materia penal, por la sola lectura de las sentencias condenatorias ante el acusado, el defensor y la parte civil conforme lo establece el art. 6 del D. Leg. 124. La celeridad procesal es una virtud procesal indispensable; pero en su favor no puede ser abandonada una garantía de la administración de justicia constitucional consagrada de modo preciso.

Inc. 1

Este inciso estatuye la intervención del F.S. cuando la pena privativa de libertad excede de 10 años. Está en juego la gravedad de la pena, sin importar - como ya anotamos - el delito ni la persona de su autor; basta la mera sanción establecida en la sentencia. Hubiere sido conveniente que se siguiese el criterio adoptado en el inc. 5, en el sentido que la intervención del F.S. dependa de la penalidad pedida por el inferior en su acusación. Así se hubiere mantenido la unidad en la clasificación y en el accionar del M.P.

Inc. 2

Esta norma se refiere a un delito contra la salud, particularmente extendido en nuestro país y de gravísimas consecuencias para todas las personas, especialmente jóvenes; pues, las secuelas que trae consigo son múltiples. Nos referimos al delito de tráfico ilícito de drogas, objeto de una severa legislación (D.L. No. 22095, modificado por D. Leg. No 122 y de mención expresa en la Constitución (art. 2, inc. 20-g).

Inc. 3

El inciso presente está referido a los delitos de terrorismo, magnicidio y genocidio. Los dos últimos no se encuentran tipificados en nuestra legislación penal. El primero ha sido materia del D. Leg. No. 46 del 10 de abril de 1981. Sobre el delito de genocidio existe una Convención internacional redactada bajo los auspicios de las Naciones Unidas. El Perú la ha

incorporado a la legislación nacional mediante Resolución Legislativa No. 13288 del 29 de diciembre de 1959. Sin embargo, no se ha dictado la ley correspondiente y en la que deben fijarse las penas para los responsables.

Inc. 4

Esta norma se refiere a los delitos tributarios; es decir, aquellos ilícitos penales que perjudican fraudulentamente la recaudación fiscal. Son los delitos de contrabando y defraudación de rentas de aduana (Código Tributario y la ley No.16185 del 28 de junio de 1966).

Inc. 5

Este inciso trata sobre el delito político social y lo extiende, concordante con nuestra tradición latinoamericana (ley de extradición de 1888, Código de Bustamante, Convención de Caracas y Tratado de Montevideo), a los delitos conexos. Esto significa el reconocimiento de la teoría subjetiva que hace depender la índole del delito del móvil político con que actuó el agente. Este es el criterio admitido en el art. 109 de la Constitución; en el que, de otra parte, no se les reconoce tal carácter al terrorismo, al magnicidio y al genocidio

Inc. 6

En esta norma, se alude, primero, a los delitos cometidos mediante los medios de comunicación social (difamación, por ejemplo). Segundo, se refiere a atentados directos contra los medios de comunicación, que no se encuentran aún tipificados en nuestra legislación penal. Estas infracciones son estatuidas en el art. 2, inc. 4 de la Constitución. En relación con estas acciones, se puede hablar, con más propiedad, de delitos contra la libertad de prensa. Dada la naturaleza del bien lesionado y las notas peculiares que revisten los procesos de este tipo, resulta conveniente la intervención del M.P.

Inc. 7

La usurpación es un delito perseguido conforme al D.Leg. No 124. El trámite es sumario y no procederecurso de nulidad ante la Corte Suprema. El procedimiento finaliza en la Corte Superior, los Tribunales Correccionales son la segunda instancia. La dación de este D. Leg. ha eliminado las dudas creadas por la disposición comentada, consistentes en creer, que la legislación entonces vigente había sido implícitamente modificada en el sentido que los procesos por usurpación deberían ser de índole ordinaria.

El autor de la ley ha incurrido en error. El origen de éste se encuentra en haber utilizado como fuente una legislación sin hacer, en este caso, el necesario reajuste. Inicialmente, se limitó la intervención del F.S. a ciertos casos de usurpación. Así en el proyecto de la presente ley se establecía la intervención del F.S. - siguiendo al proyecto peruano de C.P. de 1972 y al C.P. mexicano del Estado de Durango - cuando se trataba de usurpación de centros de trabajo, de estudios u otros locales públicos o privados con pretexto de reivindicaciones sociales, económicas o escolares. El inciso comentado no contiene más estos casos y estipula la intervención del F.S. en todos los delitos de usurpación. Tal vez la modificación tuvo lugar en la Comisión Permanente del Congreso. En resumen,este inciso resulta inoperante.

Inc. 8

El delito de piratería aérea tampoco está regulado en nuestra legislación penal. El proyecto de CP. de 1972 lo previó en su art. 272. Se trata en buena cuenta, de un acto de terrorismo que reviste, generalmente, un carácter internacional. La enorme repercusión social que tiene, hace necesaria la intervención del F.S. en lo penal, para cautelar mejor

los intereses de la Sociedad y de las personas perjudicadas directamente.

Inc. 9

El delito de motín mencionado en esta disposición no figura, expresamente, en el ordenamiento penal nacional. Entre los delitos contra los poderes del Estado y la autoridad de la Constitución se considera al de rebelión y sedición; pero no el motín. Sólo entre los delitos contra la administración de justicia, se habla de "multitud amotinada" en relación con la evasión violenta de presos. Esta imprecisión de la ley pudo ser evitada. Ahora no se sabe a que delito se refiere.

Inc. 10

Este inciso contempla el delito de sabotaje. Este delito no figura en el C.P. Un caso especial ha sido previsto en la ley de Reforma Agraria (octava disposición transitoria). En teoría se le describe como la destrucción o el entorpecimiento de los servicios públicos, de las actividades de producción o distribución, etc. Ahora, cabría preguntarse si los casos aquí comprendidos requerirían ser regulados expresamente; sobre todo, si se tiene en cuenta la amplitud con que han sido normados los actos terroristas. Nos inclinamos por la respuesta afirmativa; pues, de esta manera, se limitaría la vaguedad del D.Leg. No. 46 que los describe.

Inc. 11

En este inciso, no se comprende por qué se aluden a dos grupos de delitos radicalmente diferentes. El primero, está constituido por el de extorsión que es un delito contra el patrimonio. El segundo, lo forman los de concusión y peculado. La única explicación, podría ser que existe un error; en lugar de extorsión debió decirse exacción ilegal. Esta es también un delito contra los deberes de función. Pero, de otro lado, en el inciso 15 se mencionan precisamente, los delitos contra los deberes de función y de profesión; con lo que aumenta la confusión. Ver el comentario a este inciso en lo referente al D.Leg. No. 124.

Inc. 12

La Sección novena del Libro Segundo del C.P. comprende los delitos de "traición y atentados contra la seguridad militar" (título I) y los "delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado". Estas mismas infracciones se encuentran reguladas en el C.J.M., aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales. La intervención del F.S. en lo penal está determinada por la naturaleza de los bienes que se dañan o ponen en peligro mediante la comisión de dichas infracciones.

Inc. 13

Al comentar el inciso noveno decíamos que la mención del delito de motín es impropia por no recibir, en nuestro medio jurídico, dicho nombre ninguna figura del C.P. La mención expresa de los delitos de rebelión y sedición en el presente inciso, excluye toda posibilidad que nuestro legislador se haya referido a ellas en el inciso 9o. del presente artículo designándolas con el nombre de motín. Lo que demuestra, de manera evidente, que la referencia al motín es equivocada.

Inc. 14

Los delitos contra la voluntad popular atentan contra la corrección y el normal ejercicio de los derechos políticos. Tanto el C.P. como la legislación complementaria regulan estos delitos. Siendo la voluntad popular fundamento, de acuerdo con la concepción admitida en la Constitución, de todo el régimen democrático, la intervención del M.P. se dirige a proteger la legalidad de nuestro régimen político. No será posible su intervención en el caso de los delitos previstos en los arts. 314, 315 y 316 del C.P. por estar sujetos a proceso sumario (D.Leg. 124).

Inc. 15

Los delitos contra los deberes de función y deberes profesionales, materia del inc. 15, están legislados en la Sección decimotercera del Libro Segundo del C.P. Comprende los delitos de abuso de autoridad, concusión, peculado y retardo de justicia, delitos de empleados postales y de telégrafos y violación de secretos de empleo. Estando de por medio el ejercicio de la autoridad del Estado, los fondos públicos, la administración de justicia y la corrección en el debido ejercicio de la función pública (todo lo que tiene una decisiva importancia en la correcta marcha institucional del país), es indispensable la intervención del F.S. en lo penal. Como defensor del pueblo ante la Administración Pública y guardián de la legalidad, en general, le corresponde cautelar estos bienes jurídicos. Esta intervención está excluida en relación con el delito de abuso de autoridad y de violación de secretos de empleo y de profesión por no proceder el recurso de nulidad en el procedimiento sumario a que están sometidos y, además, creando la pena impuesta a los autores de los demás delitos no sea mayor de diez años.

Inc. 16

La actividad cotidiana de la Nación requiere, en todos sus niveles, la certeza de que algunos hechos se dan o se han producido de cierta manera. con este objeto se han creado registros, se expiden documentos y se reconocen a funcionarios como depositarios de la fe pública. Esta constituye, por lo tanto, un bien jurídico de indispensable protección. En esta importancia reside, también, el fundamento de la intervención del M.P. Es de considerar que los casos de falsificación de documentos y de los delitos previstos en los arts. 372 y 381 del C.P., no se verán en la Corte Suprema conforme al D.Leg. 124.

Inc. 17

La Corte Suprema conoce, originalmente, de los procesos penales contra los altos funcionarios del Estado. Tales procesos son de gran trascendencia social y política para la Nación, por lo que el F.S. en lo penal, como representante del M.P. y titular de la acción penal, debe intervenir.

Inc. 18

La regla contenida en este último inciso ha devenido en regla general. La intervención del F.S. depende de que el proceso llegue a la Corte Suprema en recurso de nulidad Este es procedente en los casos señalados en la ley procesal. En estos casos siempre procederá su intervención cuando se trate de infracción señalada, expresamente, en este artículo y no comprendido en el D. Leg. N. 124. en los demás casos que lleguen a la Corte Suprema, sólo es necesaria su intervención cuando la pena impuesta por el Tribunal Correccional sea mayor de diez años.

La falta de un criterio diferenciador claro y la falta de coordinación en la redacción de los Ds. Legs. 52 y 124, son las causas de toda esta confusa y deficiente situación legislativa sobre punto tan importante.

Atribución del F.S. en lo civil

Art. 84°.- Corresponde al Fiscal Supremo en lo Civil:

1.- Deducir, al emitir dictamen, la nulidad de lo actuado cuando tuviese noticia, en alguna forma y la comprobase con el examen de los autos y de los documentos que solicitare para el efecto, que la sentencia recurrida se ha expedido citando con la demanda a un menor o incapaz o en los casos en que se hubiese incurrido en una grave irregularidad procesal que trajese como consecuencia el desconocimiento o la violación de alguno de los derechos consignados en la Constitución Política y denunciar ante el

Presidente de la Corte Suprema de Justicia a los Jueces o a los Vocales del Tribunal que hubiesen intervenido en el proceso.

2.- Si se encontrare responsabilidad civil o penal de dichos Magistrados o si el responsable de la infracción fuese un miembro del Ministerio Público, dará cuenta al Fiscal de la Nación para los efectos consiguientes.

3.- Solicitar al Presidente de la Corte Suprema de Justicia que proceda como corresponda para asegurar la independencia del órgano judicial y la recta administración de justicia en los casos en que el Fiscal hubiese tenido conocimiento, en alguna forma, de lo contrario.

4.- Las demás que establecen las leyes.

Fuentes:

Const. Arts. 2,74, 248 y 250.

Comentario:

La intervención del M.P. en el orden civil se justifica porque uno de sus fines básicos es vigilar el estricto cumplimiento de las leyes, evitando que se cometan errores o se desnaturalice su aplicación en menoscabo, sobre todo, de los intereses de cualquier persona ausente del proceso o incapaz de defenderse por sí misma. Su intervención adquiere una gran importancia social al tratarse del estado civil de las personas, del matrimonio y de la familia. Siendo el M.P. guardián de la legalidad y representante de la sociedad, es indispensable que intervenga en los casos donde estos intereses e instituciones se vean afectados.

Inc. 1

Al emitir dictamen, el F.S. puede plantear la nulidad de la sentencia recurrida cuando (1) se ha citado con la demanda a un menor o incapaz, y (2) se ha incurrido en una grave irregularidad procesal que implica el desconocimiento o la violación de alguno de los derechos consignados en la Constitución.

La primera, es una circunstancia concreta. Se tiende a proteger específicamente a los menores e incapaces. Por el contrario, la segunda, es general y comprende aun casos de nulidad que no estén específicamente, enumerados en el C.P.C. Sin embargo, esto no significa carta blanca para el F.S. Su intervención se encuentra limitada, en primer lugar, a las causas que lleguen a su conocimiento para dictamen. El conocimiento de la irregularidad procesal puede adquirirla de cualquier forma. En todo caso, debe comprobarla con el análisis del expediente y de los documentos que solicitará con este objeto. La referencia a la forma como obtiene noticia de la irregularidad es superflua; pues, siempre deberá comprobarla con los autos en la mano. Esto es lo que da fundamento y fuerza a su intervención.

El F.S. al interponer la nulidad deberá tener en cuenta si el vicio procesal afectó o no el sentido de la resolución; pues, de ser negativa la respuesta su intervención podría afectar a las partes cuyos derechos fueran así vulnerados; pero a pesar de lo cual obtuvieron una resolución favorable. La Sala Suprema que resuelva podría, justamente, no declarar la nulidad cuando se presente tal situación.

En oposición a lo admitido en la ley procesal, esta disposición abre la posibilidad de que el F.S. adjunte nuevos documentos a su pedido de nulidad. Estos pueden constituir pruebas que deberán ser apreciadas a pesar de su presentación posterior a la sentencia recurrida.

Inc.2

La denuncia del juez o vocal que infringió los derechos constitucionales de una de las partes no depende de si la sentencia fue o no favorable al afectado. Pero, la sanción que ha de imponérsele si está condicionada a que se compruebe la veracidad de la irregularidad

denunciada. Aquí se trata de una sanción disciplinaria que, según la ley, deberá ser requerida por el F.S. mediante denuncia ante el Presidente de la Corte Suprema. Sin embargo, no es de olvidar que la Sala del máximo Tribunal puede, conforme a la L.O.P.J., imponer sanciones por las irregularidades cometidas por jueces y vocales. El F.S. puede, por lo tanto, pedir que dichas sanciones sean aplicadas directamente; su denuncia ante el Presidente sólo sería en los casos en que la irregularidad es tan grave que la sanción a imponerse sería la destitución, cuya aplicación es sólo potestad de la Sala Plena de la Corte Suprema, previa investigación del Organismo de Control Interno.

Inc.3

Si el F.S. en lo civil se entera, de cualquier manera, que en alguna forma se ha atentado contra la independencia del Poder Judicial o la recta administración de justicia, solicitará al Presidente de la Corte Suprema para que intervenga, conforme a sus prerrogativas, a fin de asegurar los fueros del Poder Judicial. Esta potestad del M.P., representado por el F.S. en lo civil, es más genérica que la que tiene para denunciar o quejarse a un miembro del Poder Judicial o de la Administración Pública o a una persona particular. Es decir que la solicitud del F.S. puede estar originada en una situación que no sea propiamente la realización de una acción penal, civil o administrativamente relevante. En la apreciación de la solicitud hecha por el F.S. y en adopción de las medidas adecuadas, el Presidente de la Corte Suprema es totalmente independiente. Por lo que podría, dada la naturaleza del caso, desatender el pedido del F.S. por no considerarlo conveniente u oportuno.

La intervención del F.S. en lo civil estará más detalladamente regulada en la ley procesal civil que debe ser, de todas maneras, modificada.

Los demás Fiscales Supremos no tienen la facultad de formular dicho pedido al Presidente de la Corte Suprema. Si llega a su conocimiento una situación que afecta la independencia del Poder Judicial deberán ponerla en conocimiento del Fiscal en lo civil para que proceda conforme a sus atribuciones. No es de olvidar que el art. 69 de la presente ley estatuye que el F.N. velará por la efectiva independencia del Poder Judicial; con este fin se le faculta para pedir al Presidente de la Corte Suprema la información que crea necesaria. Del texto legal, parecería desprenderse que el F.N. no podría pedir al Presidente que intervenga para eliminar la situación irregular; lo que correspondería hacer al F.S. en lo civil. En la práctica, esta incongruencia se aclarará cuando se comprenda que el

M.P. no puede, por respeto a la autonomía e independencia del Poder Judicial, sino poner en conocimiento del Presidente de la Corte Suprema el presumible atentado contra tales calidades del Poder Judicial. El M.P. no es ni puede pretender devenir en el tutor del Poder Judicial.

Intervención del F.S. en lo civil

Art. 85°.- El Fiscal Supremo en lo Civil emitirá dictamen previo a la resolución que corresponda expedir en los procesos siguientes:

- 1.- De nulidad o anulabilidad del matrimonio, separación de los casados o de divorcio, en cuanto se tienda a asegurar los derechos de los hijos menores de edad e incapaces, así como los del cónyuge sin bienes propios y la defensa del vínculo matrimonial.*
- 2.- En los que tengan derechos o intereses morales o económicos los menores o incapaces.*
- 3.- En los que es parte un ausente.*
- 4.- En los de división y participación de bienes en las uniones de hecho a que se refiere el*

Artículo 9° de la Constitución Política, en cuanto se tienda asegurar los bienes y derechos de las partes y de los hijos comunes.

5.- En los casos de contestación o impugnación de la filiación matrimonial.

6.- En los de responsabilidad civil de los Ministros de Estado y demás funcionarios y servidores públicos.

7.- En los de ejecución de sentencias expedidas en el extranjero.

8.- En los que se discuta la competencia de los Jueces y Tribunales peruanos. 9.- En los demás casos que determine la Ley.

Fuentes:

Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. España art. 2o.- L.O.P.J. art. 337.

Comentario:

Este numeral, en concordancia con los arts. 89 y 96 de la presente ley, regula los casos en que interviene el M.P. y su forma de intervención en el orden civil.

La intervención del M.P. en el proceso civil está en función al interés social y público en juego; de ahí que toda futura reordenación del derecho civil, para determinar su participación, debe valorar rigurosamente en qué instituciones se encuentra presente y cuando debe ser defendido.

En el artículo comentado, se repiten los casos ya enumerados en la legislación vigente. A la defensa del vínculo matrimonial, de los menores e incapaces, de la filiación matrimonial, se agrega la protección de las uniones de hecho, prevista en el art. 9 de la Constitución, de los convivientes y de los hijos comunes. Es indudable que interés público prima en la intervención del M.P. en los juicios de responsabilidad civil de los Ministros y otros funcionarios y servidores públicos; y, por último, en los procedimientos concernientes a la jurisdicción nacional: el exequatur y la competencia de los Tribunales peruanos. La influencia hispana es muy clara, basta comparar la disposición analizada con el art. 35 de la Ley orgánica del Estado y el art. 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de España (1926).

Inc. 1

En los casos de nulidad y anulabilidad del matrimonio, separación de cuerpos y divorcio, la preocupación esencial es la defensa del vínculo matrimonial y del cónyuge sin bienes propios (defensa del débil), así como asegurar los derechos de los menores e incapaces.

Inc. 2

Fuera de los casos señalados en el inciso primero, los derechos e intereses de los menores e incapaces pueden estar comprometidos en muchos otros. Puede tratarse de derechos e intereses morales o económicos. La ley no requiere que sean la materia principal del proceso, basta que de algún modo se encuentren en juego. Esta función pupilar tiene su fundamento en la protección que el Estado debe dar a los niños, adolescentes y ancianos en abandono económico, corporal o moral (art. 8 de la Const.).

Inc. 3

En los procedimientos seguidos en ausencia de una de las partes fuera de la circunstancial dificultad que produce la ausencia misma, la ventaja la tiene la parte que demanda y las demás que se encuentran presentes. Estas pueden y ejercen plenamente sus derechos. De donde resulta que el ausente es la parte débil, necesitada de mayor protección. Por esto, se justifica que el Estado prestea estos casos mayor atención y haga intervenir al M.P.

Inc. 4

El reconocimiento constitucional (art.9) de las uniones de hecho constituye, sin duda, un progreso; sobre todo, en un país como el nuestro en el que muchos hogares se han organizado de esa manera. Al mismo tiempo, implica establecer los mecanismos legales de protección para esta forma de unión y para sus miembros.

El inciso que comentamos no llega a establecer que el M.P. defenderá el vínculo de hecho existente entre quienes se han unido sin tener impedimento para contraer matrimonio. Muy bien pudo hacerlo. Su mantenimiento es preferible para el bienestar de los hijos. Sin embargo, se ha preferido limitar esa defensa en favor del vínculo matrimonial, conforme con la concepción de nuestra ley civil de reconocer plena validez sólo al matrimonio civil.

La intervención del F.S. está restringida sólo a los casos de procesos de división y partición de bienes en las uniones de hecho y tiene el fin de asegurar los bienes y derechos de las partes y de los bienes comunes.

Inc. 5

Este inciso tiene, igualmente, fundamento en el art. 5 de la Constitución que consagra la protección estatal de la familia. Esta se encuentra cuestionada por una acción de contestación o impugnación de la filiación matrimonial. De donde aparece justificada la intervención del M.P. en esos procesos. El legislador ha usado una fórmula amplia, de modo que casi todo asunto de filiación matrimonial deberá ser dictaminado por el F.S. en lo civil.

Inc. 6

En virtud de su rol de defensor del pueblo ante la Administración Pública (art. 250, inc. 4, Const.), el

M.P. debe intervenir en los procesos que se sigan a los diferentes funcionarios públicos con el fin de determinar su responsabilidad civil a consecuencia de sus actos ejecutados en el ejercicio del cargo. El M.P. defiende el interés público mellado por la inadecuada actuación del funcionario estatal.

Inc. 7

El C.P.C. regula, expresamente, la ejecución de sentencias extranjeras en el Perú (art. 1155 y s.). Se les reconoce la fuerza que les conceden los tratados o el principio de la reciprocidad, de no haberse celebrado un tratado. En todo caso, existen asuntos que son de exclusivo conocimiento de nuestros tribunales; por ejemplo, los concernientes a bienes raíces ubicados en territorio nacional (art. 1160 C.C.).

La administración de justicia y, por tanto, la emisión y ejecución de sentencias son expresión de la soberanía nacional. De allí que la ejecución de sentencia foránea sea de tal importancia que exige la intervención del M.P., quien ha de defender la jurisdicción nacional y el orden público.

La duda surge en relación con los alcances del término sentencia; pues, el C.P.C. con más amplitud trata de resoluciones extranjeras.

Inc. 8

La competencia es también expresión de la soberanía. Su violación resiente el ordenamiento jurídico; y, como al M.P. le corresponde su defensa, también debe intervenir cuando se discute la competencia de jueces y tribunales peruanos.

Llama poderosamente la atención que siendo el M.P. el representante del interés

social, no se establezca -en la presente ley- su intervención en los asuntos laborales y agrarios. El interés social está decididamente en juego en este tipo de procesos, o en parte sustancial de los mismos. El problema se patentizará al materializarse la unificación de los fueros dispuesta por la Constitución. Esperemos que las leyes procesales de la materia reglamenten la intervención del M.P. Estos muy bien pueden ser los casos a que se refiere el inc. 9 de la presente ley.

Inc. 9

Este inciso contiene una cláusula general destinada a completar la enumeración hecha en los incisos anteriores. Un caso importante es el previsto en la ley 23506 del 7 de diciembre de 1982. Según el art. 35 de esta ley, el F.S. debe dictaminar en caso de recurso de nulidad contra la resolución de una Corte Superior respecto a la acción de amparo. El art. 89 de la L.O.M.P. prevé, expresamente, la intervención del F.S. en caso de la acción de amparo (ver infra. p). Contra las resoluciones denegatorias de la acción de amparo, el M.P. puede, terminada la vía judicial, interponer un recurso extraordinario ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, quien conocerá en casación (art. 42 L.O.T.G.C.).

F.S. en lo contencioso-administrativo

Art. 86°.- Corresponden al Fiscal Supremo en lo contencioso - administrativo:

- 1.- Emitir dictamen previo a la Resolución final en los procesos contencioso - administrativos.*
- 2.- Los demás que establece la Ley.*

Comentario:

En principio, la jurisdicción contencioso-administrativa (instaurada por el art. 240 de la Constitución) es la potestad de conocer y decidir en las contiendas promovidas con la Administración Pública, en virtud de recurso fundado en la violación de un derecho o interés legítimo del administrado; siempre que la Administración actúe como poder público y en el ejercicio de sus facultades regladas (Bacacorso, Gustavo 1970).

Para este efecto, previamente, debe haberse agotado la vía administrativa (art. 11 L.O.P.J.) Luego debe interponerse el respectivo recurso ante la Corte Superior o la Corte Suprema, conforme lo establece la Constitución (art. 240 in fine). Y por último, ha de agregarse el expediente administrativo a los autos judiciales.

La intervención del M.P. es indispensable, dado que una de sus funciones es la defensa de los administrados frente a la Administración. Toda decisión de la Administración. Toda decisión de la Administración que implique despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes, afecta el orden jurídico, en cuyo mantenimiento interviene decisivamente el M.P.

Cuando el proceso se instaure en la Suprema o venga en impugnación, el F.S. tiene una función asesora. Su intervención es ilustrativa. En consecuencia, debe ser oído antes de que se expida resolución absolviendo el grado.

En el anteproyecto de la ley comentada, se había estatuido la intervención del F.S. en lo contencioso administrativo en las acciones de habeas corpus y de amparo, siguiendo los lineamientos de la ley mexicana del M.P. El anteproyecto de la Ley orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales del 24 de enero de 1981, no contemplaba la intervención del F.N. en estas acciones, ni cuando de inconstitucionalidad de las leyes sea interpuesta por otro. Como ya hemos tenido oportunidad de señalar -ver comentarios de los incs. 10 y 9 de los arts. 66 y 85, respectivamente-, la ley 23 506 sólo autoriza, en caso de acción de habeas corpus, la intervención del M.P. dirigida a colaborar en la defensa del perjudicado. Es decir, que excluye

su participación en el trámite judicial mismo, recordándosele -de otro lado- su deber de actuar "como defensor del pueblo" (art. 23, inc. 4, in fine).

Atribuciones del gobierno interno del F. Sup. Decano

Art. 87°.- Corresponde al Fiscal Superior más antiguo de cada distrito judicial:

- 1.- Convocar y presidir el Consejo Distrital de la Magistratura.*
- 2.- Convocar y presidir la Junta de Fiscales ante la Corte Superior y ejercer las atribuciones de ésta en los casos en que no se hubiese constituido o no pudiera reunirse.*
- 3.- Las demás que resulten de la Ley*

Comentario:

La presidencia de la Junta de Fiscales Supremos está a cargo del F.N. (art. 62). En caso de las Juntas de Fiscales Superiores, que deben constituirse en todo distrito judicial donde hayan tres o más Fiscales Superiores, las preside el F. Sup. decano. La función de este último no es equiparable a la del F.N. Esto es debido a que el M.P. tiene una organización, fundamentalmente, centralizada.

El F. Sup. decano tiene como principales atribuciones: a) La convocatoria y presidencia del Consejo Distrital de la Magistratura; que es una atribución que tiene su fuente directa en la Constitución. El Consejo de la Magistratura es el encargado de proponer al Presidente de la República los nombramientos de los jueces y fiscales; la presidencia corresponde al M.P. b) La convocatoria y presidencia de la Junta de Fiscales Superiores, así como el ejercicio de sus atribuciones cuando ésta no puede constituirse (art. 63). Esta es, en puridad, la atribución típica de gobierno del M.P. en segunda instancia. En ella se plasma la labor de dirección y de coordinación de la labor de los Fiscales Superiores con respecto a sus propias actividades y a la de los Fiscales Provinciales, enraizada en una función de control y de vigilancia.

Reemplazo del Fiscal Decano

Art.88°.- En los casos de vacaciones, licencia o impedimento temporal del Fiscal más antiguo, ejercerá las atribuciones a que se refiere el artículo precedente el que le sigue en antigüedad.

Comentario:

El F. Sup. decano puede hallarse, por diversos motivos ajenos a su voluntad imposibilitado de ejercer las atribuciones que le corresponden en razón a su antigüedad. Cuando esto ocurre, le sucederá el F.Sup. que le sigue en antigüedad. La ley menciona los casos de vacaciones y licencias (arts. 25 y 26). Luego hace referencia a cualquier impedimento temporal, que puede ser, por ejemplo, la suspensión disciplinaria o la inhabilitación por alguna circunstancia peculiar del asunto a tratarse en la Junta de Fiscales.

Esta disposición debió constituir, junto con las demás referentes a la organización y a las atribuciones de las Juntas de Fiscales, una sección aparte de la ley; pues su dispersión es muestra de falta de una correcta sistemática y es fuente de confusiones.

Téngase en cuenta, por último, que es una norma general aplicable también a la Junta de Fiscales Provinciales.

Atribuciones del F. Sup. en lo civil.

Art. 89°.- Son atribuciones del Fiscal Superior en lo Civil:

A. Emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia:

1.- En los juicios y procedimientos a que se refiere el artículo 85° de la presente Ley. 2.- En los incidentes sobre oposición al matrimonio de quienes pretendan contraerlo.

3.- En los procedimientos que tengan por objeto velar por la moral pública y las buenas costumbres. 4.- En los procedimientos para resolver los conflictos de autoridad y las contiendas de competencia.

5.- En los que sigan terceros contra los fundadores de una sociedad anónima de constitución por suscripción pública, en los casos de responsabilidad que establece la ley de la materia.

6.- En los casos de rehabilitación del quebrado.

7.- En las tercerías contra el embargo trabado en bienes del procesado penalmente o del tercero civilmente responsable, así como en la quiebra de cualquiera de ellos. En estos casos podrá solicitar la información que convenga al Fiscal Superior en lo penal que conoció el embargo o su sustitución.

8.- En las acciones de amparo.

9.- En los procedimientos contencioso - administrativos.

10.- En los demás que señala la Ley.

B. El dictamen será meramente ilustrativo y su omisión no causará nulidad procesal en los casos que expresamente señala la Ley.

Fuentes:

L.O.P.J. art. 344 inc. 2.

Comentario:

El M.P. interviene en el proceso civil como parte o como auxiliar ilustrativo. Lo hace como "parte principal" -nos dice Fairén Guillén (El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil, 1974) - en sentido "formal": juega un rol imparcial, puesto que no tiene interés particular, individual, que legitime su intervención. Obra en base a un interés oficial, por sus relaciones y dependencia con el Estado. En este caso sus peticiones (pretensiones u oposiciones) fuerzan al Tribunal a pronunciarse por su aceptación o rechazo. En esta acepción, es semejante a la "partie principale" del derecho francés.

Es auxiliar ilustrativo cuando actúa como consejero jurídico "ope legis" de los Tribunales. Es un observador oficial -técnico en derecho- que interviene en defensa de la ley o del interés público o social. En este caso, sus dictámenes, sus conclusiones no vinculan al Tribunal que no están obligados a responder. Esta figura es, más o menos parecida a la "partie jointe" del M.P. francés; y similar al M.P. "concludente" de la legislación italiana.

Debido a que el F.S. actúa en la última instancia judicial, su intervención está limitada a dictaminar en los procesos que vengán a su conocimiento. Su contribución es decisiva en la formación y unidad de la jurisprudencia, fuente importante del derecho.

Apartado A

Inc. 1

El F. Sup. en lo civil debe emitir dictamen previo en las sentencias recaídas, en primer lugar, en los procesos a que se refiere el art. 85, esto es, en los que interviene el F.S.: nulidad o anulabilidad de matrimonio, separación de cuerpos, divorcio, en los que es parte un menor incapaz o ausente, en la división y partición de uniones de hecho, en la contestación o impugnación de la filiación matrimonial, responsabilidad de funcionarios públicos, exequator y contiendas de competencia de tribunales peruanos.

Inc.2

En segundo lugar, interviene en los incidentes sobre oposición al matrimonio. Ello deriva de la potestad del M.P. de defender y cautelar la institución del matrimonio.

Inc. 3

En tercer lugar, en aquellos procedimientos que tengan por objeto velar por la moral pública y las buenas costumbres. Aquí están en juego las libertades públicas, específicamente el derecho o libertad de expresión, y, de otro lado, la defensa de la moralidad pública que incumbe al Estado. Como defensor de la constitucionalidad y legalidad del proceder de la Administración Pública y cautelador de las libertades constitucionales su intervención está plenamente justificada.

Inc. 4

En cuarto lugar, el M.P. interviene en los procedimientos para resolver los conflictos de autoridad y las contiendas de competencia. La defensa de la jurisdicción compete al M.P.; de ahí su intervención en los conflictos de autoridad. En los casos de contienda de competencia, dado lo limitado de la intervención fiscal, está circunscrita a aquellos procesos en que está facultado a intervenir. No puede incursionar en los demás porque en ellos no existe interés público o social que defender.

Incs. 5 y 6

Como intervención clásica en el Derecho Comercial, se encuentran los casos de procesos que sigan terceros contra los fundadores de una sociedad anónima de constitución por suscripción pública, en los casos de responsabilidad solidaria. Otra intervención, en este ámbito, es la referente a los casos de rehabilitación del quebrado. En ambos casos existe un interés preponderante en juego: la corrección de relaciones comerciales y el patrimonio de numerosas personas.

Inc. 7

La intervención regulada en el inc. 7, deriva del proceso penal. Cuando se embargan bienes al imputado o al tercero civilmente responsable, el F.Sup. en lo civil debe intervenir en los procesos sobre tercerías. Además, debe dictaminar en los casos de quiebra de cualquiera de ellos. Para ambos, puede solicitar la información necesaria al Fiscal que intervino en el proceso penal.

Inc. 8

Esta disposición ha sido derogada, expresamente, mediante el art. 45 de la ley 23 506. Sin embargo, esta derogación, no significa que se excluya al F. Sup. del trámite de la acción de amparo; pues, el art. 34 de dicha ley estatuye que "recibido el expediente por la Corte Superior se notificará a las partes y al F. Sup. en lo civil, dentro del tercero día, para la respectiva expresión de agravios y dictamen, y, en su caso, para el informe oral correspondiente".

La acción de amparo procede en defensa de los derechos constitucionales (excepto la libertad individual, protegida por la acción de habeas corpus) que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. Dichos derechos han sido enumerados en el art. 24 de la ley 23506. La función del M.P. de defensor del ordenamiento jurídico justifica su intervención en los procesos a que dé lugar el ejercicio de la acción de amparo.

En el proyecto de la L.O.M.P. se establecía una intervención más amplia del M.P. en las acciones de Amparo y de Habeas Corpus. No sólo se dispuso, como se preveía en el art. 89 inc. 8 de la ley, que el F.Sup. en lo civil emitiera dictamen previo a la resolución

de la Sala Civil sobre la acción de Amparo, sino que estatúa, así mismo, que dicho F.Sup. se pronunciase también en los casos de Habeas Corpus; y, por último, que el F.S. en lo contencioso administrativo lo hiciera, en ambos casos, cuando la Corte Suprema debía pronunciarse en definitiva (art. 85, inc. 1 del Proyecto).

La intervención del F. Sup. en el trámite que sigue la acción del Habeas Corpus en el Tribunal Correccional podría ser considerada, en principio, como conveniente de la misma manera que lo es en relación con la acción de Amparo. Pero, dada la necesidad perentoria de aclarar la situación que motiva el Habeas Corpus, sobre todo, cuando el Juez Instructor no ha puesto en libertad al detenido, el traslado de los autos al F.Sup. para que emita dictamen previo puede resultar una demora y, por tanto, restar eficacia a la acción.

Este criterio ha sido incorporado en la ley 23 506. En el inc. 4 de su art. 23, se dispone, expresamente, que en la tramitación judicial de la acción de habeas corpus, "no interviene el M.P., salvo para coadyuvar a la defensa del perjudicado, como defensor del pueblo". De este modo, se pone en manos de los órganos judiciales, únicos autorizados a privar, en definitiva, de la libertad a una persona, la responsabilidad de enmendar cualquier abuso que se cometa contra este bien jurídico. El M.P. cumple sólo una función de vigilancia y resguardo en relación con el afectado.

Inc. 9

Por último, se establece la intervención del F.Sup. en los procedimientos contencioso-administrativos. Su justificación y explicación ya han sido expuestas en el art. 86. Pese a que este Fiscal interviene, mayormente, en asuntos de derecho privado, problemas de orden institucional han determinado que se ocupe también de estos asuntos. A nivel de la Corte Suprema, un Fiscal conoce específicamente de los asuntos contencioso - administrativos.

Inc. 10

Con buen criterio, se deja abierto el camino, en el inc. 10 del presente artículo, para que legislativamente se le señalen otras intervenciones.

Apartado B

El segundo y último apartado precisa que el dictamen será meramente ilustrativo; es decir, que no obliga a los Tribunales. Pero se agrega que su omisión no causará nulidad cuando así lo señale, expresamente, la ley. La ley procesal civil se encargará de determinar en qué casos no procede la nulidad por haber el Fiscal omitido emitir el dictamen respectivo. Empero, es discutible esta discriminación entre los casos en que el dictamen es indispensable y los restantes, en que puede omitirse. Fundándose la intervención del Fiscal por encontrarse en juego intereses sociales y públicos, la determinación de los casos sobre los que necesariamente debe recaer dictamen fiscal dependerá de una apreciación valorativa no muy clara. Por esta razón, el legislador deberá proceder con mucha cautela.

F. Sup. y Habeas Corpus

Art. 90°.- Consentida o ejecutoriada la resolución que declara fundada un acción de habeas corpus originada en hechos configurativos de un delito, el Fiscal Superior instruirá al Fiscal Provincial en lo penal para que ejercite la acción correspondiente o lo hará el propio Fiscal Superior, si el órgano judicial competente fuere de tutela del menor, la ejercitará el Fiscal Provincial en lo civil ante el Juez de Menores.

Comentario:

Esta disposición suponía la intervención del M.P. en la tramitación de la acción de habeas corpus. De esta manera, el F.Sup. podía tener conocimiento directo del acto ilícito cometido contra la libertad personal del promotor de la acción. La ley 23 506, art. 45, ha

derogado los arts. 349 a 359 del C.P.P. y niega de manera expresa, en su art. 23, inc. 4, la intervención del M.P. De otro lado, la mencionada ley no indica procedimiento especial alguno para procesar al responsable del hecho que dio lugar a la acción del habeas corpus, como lo hacía el art. 356 del C.P.P. En consecuencia, serán de aplicación las disposiciones comunes. Declarada fundada la acción del habeas corpus y consentida o ejecutoriada la resolución, el juez instructor o el Tribunal Correccional deberá poner en conocimiento del fiscal para que proceda conforme a sus atribuciones. Esta resolución parece imponerse por el momento; pero, bien puede ser, así mismo, uno de los casos en que el órgano judicial puede ordenar de oficio el inicio de la instrucción. Si al declararse fundada la acción de habeas corpus, se constata la comisión de una infracción, la intervención del M.P. -para los efectos de la denuncia- sería una simple formalidad que demoraría la eficaz represión penal.

Intervención del F. Sup. en lo penal

Art.91º.- El Fiscal Superior en lo Penal emitirá dictamen previo a la resolución final superior:

- 1.- En las cuestiones que se promuevan sobre competencia judicial.*
- 2.- En los casos de recusación o inhibición de los Jueces Instructores y Vocales del Tribunal Superior.*
- 3.- En los de acumulación y desacumulación de procesos.*
- 4.- En las cuestiones previas, perjudiciales y excepciones que se promuevan contra la acción penal.*
- 5.- En los casos en que el agraviado, sus parientes o representantes legales se constituyan en parte civil.*
- 6.- En los casos de embargo para asegurar la reparación civil y en los de sustitución por caución o garantía real.*
- 7.- En los referentes a la libertad provisional del procesado.*
- 8.- En los casos en que el Juez Instructor disponga la libertad incondicional del inculcado.*
- 9.- En el procedimiento especial para la represión, con pena, de los responsables del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y de contravenciones en perjuicio del menor de edad. En estos casos, el Fiscal Superior pedirá especialmente que el Tribunal competente preste toda preferencia a la realización de la audiencia, la que debe efectuarse en privado.*
- 10.- Cuando el Tribunal competente revise la investigación practicada en los casos de no ser habido un menor de edad que se hallare en abandono o peligro moral, o que se le presuma autor o víctima de delito.*
- 11.- En las investigaciones seguidas en los casos de menores peligrosos, o en estado de abandono o riesgo moral, o de comisión de delito, en las que la audiencia que celebre el Tribunal competente será estrictamente privada y tendrá toda preferencia.*
- 12.- En las demás que establece la Ley.*

Comentario:

El artículo en mención trata de manera exhaustiva sobre la intervención del F. Sup. en lo penal. Observamos únicamente dos importantes modificaciones con respecto a la legislación anterior. Se trata de su intervención con relación: a) al delito de abandono de familia; y, b) a los asuntos de menores.

Los primeros ocho incisos señalan los principales incidentes que en vía de

apelación pueden subir al Tribunal Correccional, o que pueden presentarse cuando el proceso se encuentra en el propio Tribunal. En esta parte, la presente ley sigue, fielmente, las pautas contenidas en el C.P.P. La intervención del M.P. emitiendo dictamen, se explica por la naturaleza de tales incidentes que afectan de una u otra manera el desarrollo del proceso. Las cuestiones previas, prejudiciales y excepciones, por ejemplo, son mecanismos de defensa contra la acción penal incoada por el M.P. La libertad provisional y la incondicional son decisivas en cuanto a la persecución del delincuente.

En el inciso noveno, el legislador se refiere al procedimiento establecido en el título VIII (art.93 y s.) del Código de Menores, para imponer sanciones a los que incumplen los deberes de asistencia familiar o cometan contravenciones en perjuicio de menores (Título VII del mismo código). Aquí el juez de menores actúa como juez instructor, y las Salas Civiles de las Cortes Superiores como la instancia de apelación. Por esta razón, el F.Sup. en lo civil debió ser el designado a intervenir a fin de mantener el principio de los menores sean procesados por órganos no penales. La audiencia que se realice debe ser privada y el Fiscal debe lograr que su realización tenga lugar de preferencia para que se resuelva la situación del menor y se adopten las medidas que le sean más favorables.

De manera más estricta, se establece (inc. 11), esta exigencia para los casos de menores peligrosos, abandonados o en peligro moral. Aquí se trata de medidas preventivas para evitar que el menor incurra o reincida en un acto antisocial, que de ser cometido por un adulto sería delito.

El inciso décimo hace expresa referencia al menor que no sea habido y se halle en estado de abandono o peligro. En su última parte, se hace referencia, primero, a la intervención post delictum; es decir, con ocasión de una de las acciones señaladas anteriormente. Segundo, a los casos en que el menor sea víctima de un delito y resulte necesario tomar alguna medida en relación con él debido a su situación personal.

Con mejor técnica legislativa, se ha podido simplificar y ordenar los caos previstos en los incs. 9, 10 y 11. De esta manera se hubieran evitado repeticiones y confusiones.

Atribuciones del F. Sup. en lo penal

Art. 92°.-Recibida que sea la instrucción, el Fiscal Superior en lo penal puede:

1.- Pedir su ampliación, si la estima incompleta o defectuosa. En estos casos señalará las pruebas omitidas o las diligencias que deben rehacerse o completarse en el plazo de ampliación; e instruirá específicamente al Fiscal Provincial en lo Penal.

2.- Pedir su archivamiento provisional, por no haberse descubierto al delincuente o no haberse comprobado la responsabilidad del inculpado. en estos casos instruirá al Fiscal Provincial en lo Penal para que amplíe la investigación policial que originó la instrucción archivada provisionalmente, a fin de identificar y aprehender al responsable.

3.- Separar el proceso al Fiscal Provincial que participó en la investigación policial o en la instrucción si, a su juicio, actuó con dolo o culpa y designar al Fiscal titular o Adjunto que debe reemplazarlo. como consecuencia de la separación que disponga, elevará de inmediato al Fiscal de la Nación su informe al respecto, con la documentación que considere útil.

4.- Formular acusación sustancial si las pruebas actuadas en la investigación policial y en la instrucción lo han llevado a la convicción de la imputabilidad del inculpado; o meramente formal, para que oportunamente se proceda al juzgamiento del procesado, si abrigase dudas razonables sobre su imputabilidad.

En ambos casos la acusación escrita contendrá la apreciación de las pruebas actuadas, la relación ordenada de los hechos probados y de aquellos que, a su juicio, no lo hayan

sido; la calificación del delito y la pena la reparación civil que propone.

En la acusación formal ofrecerá las pruebas que estime necesarias para establecer plenamente la responsabilidad del acusado y señalará el plazo en que actuarán.

Para este último efecto instruirá, independiente y detalladamente, al Fiscal Provincial que intervino en el proceso penal o al titular o al Adjunto que designe en su reemplazo, para la actuación de las pruebas en la investigación policial ampliadora que se llevará a cabo en el plazo señalado, con la citación oportuna, bajo responsabilidad, del acusado y su defensor.

Las pruebas así actuadas serán ratificadas en el acto de juzgamiento.

Inc. 1

Este inciso es, al igual que los restantes, una norma procesal, modificadora del C.P.P. en la parte referente a los "actos preparatorios de la acusación y de la audiencia". El momento procesal preciso a que se refiere, es la recepción de la instrucción por el F.Sup., vencido el término de la investigación.

El párrafo segundo del art. 219 del C.P.P. es reproducido, casi fielmente, en el primer inciso. Las modificaciones se refieren al plazo de ampliación en el que deben rehacerse o completarse las pruebas o las diligencias señaladas por el Fiscal. Se trata de una ampliación de la instrucción judicial que debe ser realizada por el propio juez instructor. El texto comentado no dice nada al respecto. Sin embargo, la duda surge cuando en este artículo (incs. 2 y 4) se señala, por el contrario, que la investigación ampliadora será practicada por la policía a iniciativa del F.P., quien será instruido con este objeto por el F.Sup. En el inc. 1, sólo se indica que el F.Sup. instruirá al F.P. sin hacer referencia a la intervención policial. La confusión creada es enorme y la deficiencia no sólo es formal sino, sobre todo, de fondo (ver nota al inc.4).

El Tribunal Correccional deberá conceder el plazo ampliatorio necesariamente, no pudiendo exigir al F.Sup. que se pronuncie sobre el fondo del asunto por considerar agotada la investigación. El Tribunal ha sido despojado de esta facultad al modificarse el art. 220 del C.P.P. mediante el art. 106 de la presente ley. Este criterio ha sido ratificado al modificarse el mencionado art. 220, por el D. Leg.

126. Dos innovaciones contiene este nuevo texto: primero, la facultad del F.Sup. para determinar la duración del plazo ampliatorio, y, segundo, la potestad del Tribunal Correccional para señalar las pruebas que deben actuarse. Respecto al primero, la ley no señala cuanto tiempo puede pedir el Fiscal para la ampliación. En todo caso, consideramos que no puede ser mayor de sesenta días, duración fijada en el art. 202 modificado por el D. Leg. 126.

El art. 202 del C.P.P., modificado por el D. Leg. 126, estatuye que la ampliación es de carácter excepcional y de una duración no mayor de 60 días.

Su concesión puede ser hecha de oficio por el Juez o a pedido del Fiscal. El mismo criterio es admitido con relación al trámite ante el Tribunal Correccional (art.220, pf. 2o. C.P.P.).

Inc. 2

Si vencido el término normal de la investigación o el de la ampliación de la instrucción, el F.Sup. considera que el delincuente no ha sido descubierto o no se ha probado la responsabilidad del sospechoso, pedirá al Tribunal Correccional el archivamiento provisional de la causa. De esta manera, se ha reunido en una sola disposición los dos casos previstos en los dos primeros párrafos del art. 221 del C.P.P. En

este caso, el F.Sup. debe estar seguro de la irresponsabilidad del sospechoso. Si tuviera dudas razonables, debería acusarlo formalmente, conforme lo dispuesto en el inc. 4, pf. 1°, de este mismo numeral. En relación con el primer caso, el F.Sup. deberá pedir el archivamiento provisional. El inciso comentado no estatuye que se declare no haber lugar a juicio oral respecto al procesado cuya responsabilidad no ha sido probada. Pero como el art. 221, que preveía esta medida, no ha sido derogado ni modificado en esta parte, deberá seguir siendo aplicado por los Tribunales Correccionales.

El archivamiento provisional comporta que la investigación continúe para identificar y ubicar al o a los responsables. En la práctica, esta medida ha significado el olvido de tales procesos en las mesas de partes de los tribunales. Con el fin de corregir esta deficiencia, se dispone que se active -mediante la intervención del F.P.- la investigación policial.

El problema que se presenta es de saber cómo se reactivará el proceso archivado en caso de que la nueva investigación policial señale un nuevo sospechoso. De otro lado, consideramos que no es suficiente dicha investigación para fundamentar una acusación fiscal. La investigación policial no ofrece todas las garantías; por lo tanto, no puede ser el sustituto de la investigación judicial. En la medida que ésta es eliminada, la disposición comentada es inconstitucional; pues, siendo la etapa de la instrucción una manifestación de la actividad de administrar justicia, no puede estar a cargo sino de un órgano jurisdiccional (Ver comentarios al inc. 4 de este art.).

En la práctica, todo quedaría en manos de la Policía. Es decir, que el nuevo sospechoso no beneficiaría de las garantías que ofrece la instrucción judicial; la misma que tiene por objeto preparar el juzgamiento.

Por último, señalamos que este inciso y el art. 221 del C.P.P. han sido implícitamente, modificados por el nuevo texto del art. 77 del Código adjetivo. De acuerdo con el D. Leg. 126, el juez instructor sólo abrirá instrucción cuando la acción denunciada constituye delito, que la acción penal no hay prescrito y que se haya individualizado al presunto autor. Es decir que no podrá abrir instrucción "contra los que resulten responsables". En consecuencia, no podrá darse la situación, considerada en el inciso que comentamos, de que al final de la instrucción no se haya descubierto al responsable. Salvo cuando se pruebe la inocencia del inicial sospechoso. Esto demuestra la incorrección de la modificación practicada en el art. 77. Esto significa, en buena cuenta, dejar en manos de la policía la investigación de hechos que comprobada su naturaleza delictuosa deberían ser investigados por el juez. Es una de las garantías de todo Estado de Derecho.

Inc. 3

Esta norma es de carácter disciplinario, de control. Bien pudo figurar en último lugar; de esta manera, no se hubiese roto la continuidad entre los dos primeros incisos y el cuarto. La situación planteada es la de la constatación, por parte del F.Sup., de alguna irregularidad cometida por el F.P., dolosa o culposamente, con ocasión de su intervención en las etapas policial y judicial. Al suceder esto, el F. Sup. separará del proceso al F.P. y designará a quien lo reemplace (un titular o un adjunto). Al mismo tiempo, informará al F.N., adjuntándole la documentación respectiva, a fin de que sea sometido al proceso correspondiente.

Mediante esta regla se confirma la autonomía del M.P. La Corte Suprema no puede sancionar a los Fiscales que incurran en falta. Por esto, el art. 230 ha sido modificado en este sentido por el art. 107 de la presente ley. Dicha falta será puesta en conocimiento del F.N.

Inc.4

Lo más importante de la intervención del M.P. es la acusación del responsable de un delito. Es el paso decisivo para el enjuiciamiento del imputado que deviene en acusado. Modificando totalmente el sistema imperante entre nosotros, se distingue, en esta ley, dos clases de acusaciones: la sustancial y la formal. La distinción depende de si el F. Sup. está convencido

de la responsabilidad del procesado o si, por el contrario, tiene dudas razonables sobre la responsabilidad del imputado. En el primer caso, se trata de la acusación sustancial. La causa está expedita para la realización del juicio oral. Por el contrario, con la acusación formal no puede pasarse a juicio oral. Previamente, es indispensable acumular más pruebas. Sin embargo, estas nuevas pruebas no serán apreciadas en un nuevo dictamen por el F. Sup. Dichas pruebas sólo serán ratificadas en el acto de juzgamiento. Es decir, que no es indispensable se formule acusación sustancial. La acusación formal resulta, de esta manera, similar a la acusación que efectuaban, antes de la vigencia de la presente ley, los Fiscales exponiendo las dudas que tenían sobre la responsabilidad del procesado, por lo que creían indispensable la realización del juicio oral para el esclarecimiento definitivo de los hechos.

El sistema adoptado es defectuoso. La acusación formal implica, en realidad, la ampliación de la instrucción para recoger las pruebas que establezcan la plena responsabilidad del acusado. Ampliación que es puesta en manos de la policía, con intervención y vigilancia fiscales que no pueden realmente ser efectivas. Así, se despoja al juez instructor de la investigación y se atribuye facultad jurisdiccional a la Policía. Esto es anticonstitucional: la administración de justicia está sólo a cargo de los Juzgados y Tribunales (art. 232 Const.). El M.P. mismo no puede ser el director o titular de la investigación que concluya en el juzgamiento de las personas. El M.P. sólo está facultado, constitucionalmente, a intervenir y vigilar desde la investigación policial hasta el juzgamiento, pasando por la investigación judicial (art. 250, inc. 5 Const.). No es garantía suficiente que la investigación policial se realice citando al acusado y a su defensor; sobre todo cuando se trata de detenidos, y cuando se sabe que la mayoría no cuenta con los medios para dotarse de un defensor de confianza. La inoperancia de la defensa de oficio es de todos conocida.

la Corte Suprema es de criterio diferente. En su ejecutoria del 10 de noviembre de 1981 (El Magistrado, 1er. Semestre, p. 251), expresa que la ampliación de la instrucción en una causa archivada provisionalmente corresponde al F.P. y no al Juez Instructor. Con este objeto, afirma, primero, que la Constitución estatuye que el M.P. tiene a su cargo, en forma exclusiva, la función persecutoria de los delitos; y, segundo, que dicha ampliación se realizará "sin menoscabo de las funciones decisorias privativas que le corresponden a los jueces", conforme el art. 232 de la Constitución.

En realidad, estas citas constitucionales disimulan la pobreza de la argumentación, la misma que sólo se basa en las disposiciones de la L.O.M.P. De otro lado, la Corte Suprema es más gobiernista que los mismos funcionarios del Gobierno que elaboraron la ley; pues, éstos no pensaron ni establecieron el monopolio exclusivo del M.P. en la función persecutoria (Ver exposición de motivos, p. 72; art. 107 L.O.M.P.; y el comentario concerniente al art. 75 C.P.P. infra p. 242). En esta oportunidad, vale la pena recordar el siguiente argumento expuesto por el F.N. en un comunicado público (Diario Expreso, Lima 2 de marzo de 1982 p. 143). En defensa de los fueros del M.P., él recuerda, primero, que conforme al art. 250, inc. 5, y art. 2, inc. 20, pfo. 9, de la Constitución- la ley establece dos etapas: la investigación previa al juicio y el proceso judicial. Luego, afirma que "la Constitución Política asigna al Ministerio Público la atribución y la responsabilidad de investigar el delito antes de iniciado el proceso judicial..." Si el proceso judicial se inicia con el auto de apertura de la instrucción, y suponiendo -en aras de la claridad de la exposición- que las afirmaciones del F.N. fueran del todo correctas, no se comprende cómo puede ser también conforme a la Constitución - como afirma la Corte Suprema. que la ampliación de la investigación esté a cargo del F.P. miembro del M.P.; el mismo que sólo puede - según el comunicado del F.N.- investigar antes de iniciado el proceso judicial. La Corte Suprema resulta, nuevamente más "papista" que el propio M.P.

La legitimidad reconocida a la investigación policial, tanto al hacerla un sustituto de la investigación judicial como al equipararlas al momento de apreciar la responsabilidad del procesado, resulta desmesurada si se tiene en cuenta la imposibilidad de que el M.P. conozca desde su inicio toda investigación policial (con detenidos o sin detenidos) a fin que la vigile e intervenga efectivamente.

La ley no se pone en el caso, no muy raro, de que en el plazo ampliatorio se actúen pruebas de descargo. A pesar de esto, se tendría que pasar a juicio oral; sometiendo el *strepitus fori* a un inocente. El principio *pro societatis* no justifica estos casos. Por encima de este principio, se encuentra el principio *pro libertatis*.

Por todas estas dificultades, creemos que el F.Sup. se inclinará, en caso de duda sobre la responsabilidad del procesado, por solicitar, en primer lugar, la ampliación de la instrucción.

Esta duda surge, precisamente, en razón a la deficiencia o imperfección de la instrucción. Prudentemente, dejará de recurrir a la acusación formal; lo que hará, quizás, sólo cuando estime que la prueba o diligencia omitida es necesaria para completar los elementos de cargo existentes en el expediente. Por ejemplo, conseguir prueba sobre la preexistencia del bien mueble hurtado; realizar la pericia de valorización o grafotécnica que falte; efectuar una inspección ocular, etc. En general, se puede decir que se trata de acelerar el procedimiento evitando que vuelva a manos del juez instructor. La solución adoptada en el D.L. 21895 y consistente en hacer estos actos procesales mediante los Secretarios o Relatores de los Tribunales, era sin embargo mejor que la admitida en el inciso que comentamos, mediante la cual se hace intervenir a la Policía. En todo caso, la solución más adecuada a la Constitución y que brinda más garantías, es la de que el juez se encargue de las ampliaciones. La celeridad en la administración de justicia no debe tratar de ser alcanzada con detrimento de su seguridad y justeza.

La simple derogatoria de los arts. 222 y 223 del C.P.P. por el art. 106 de la presente ley había creado un vacío de control respecto a los casos en que el F.Sup. opinaba por no haber mérito para pasar a juicio oral. Felizmente, en el D.Leg. 126, se ha agregado un párrafo al art. 220 del C.P.P. En éste, se señala que el Tribunal Correccional puede archivar el expediente si está de acuerdo con esa opinión del Fiscal; u ordenar ampliación de la instrucción; o, por último, llevar directamente la instrucción al

F.S. en lo penal. En este último caso, el Tribunal Correccional deberá atenerse a lo que resuelva el

F.S. En la segunda posibilidad dada por el nuevo art. 220, notemos que, a diferencia de lo que sucede en la acusación formal, la ampliación de la instrucción debe pasar nuevamente al F.SUP. para que dictamine. Esta exigencia es necesaria para evitar que no se someta a juicio oral a un procesado cuya inocencia se ha constatado en la investigación ampliadora. De esta manera, se verán reducidos los efectos negativos de la acusación formal.

Por último, señalemos que la investigación policial sólo será apreciada como elemento probatorio cuando hubiere sido realizada con la intervención del F.P. Así lo estatuye el nuevo texto del art. 62 del C.P.P. reformado mediante el D. Leg. No. 126.

Atribuciones de gobierno del Fiscal Provincial Decano

Art. 93°.- Corresponde al Fiscal Provincial más antiguo de la provincia en que actúe, convocar y presidir la Junta de Fiscales correspondiente o ejercer sus atribuciones, si ésta no se ha constituido o no es posible reunirla oportunamente; así como las demás atribuciones que establece la ley.

Comentario:

En esta disposición, se adopta la misma solución que en el art. 87, inc. 2 y 3; por lo que los comentarios formulados entonces son también válidos para el caso presente.

Intervención del F.P. en lo penal

Art. 94°.- Son obligaciones del Fiscal Provincial en lo Penal:

1.- Proceder como se dispone en el artículo 10 de la presente Ley.

Si el detenido rehuye nombrar defensor, el Fiscal llamará al de oficio o, en su defecto, designará a uno de los que integran la lista que el Colegio de Abogados correspondiente formulará, en su oportunidad, para este efecto. El Fiscal hará saber su llamamiento o su designación al defensor y, en su caso, al Colegio de Abogados, de inmediato y en la forma que permitan las circunstancias, dejando constancia de todo ello en el atestado policial.

2.- Denunciado un hecho que se considere delictuoso por el agraviado o cualesquiera del pueblo, en los casos de acción popular, se extenderá acta, que suscribirá el denunciante, si no lo hubiese hecho por escrito, para los efectos a que se refiere el artículo 11° de la presente ley. Si el Fiscal estima procedente la denuncia, puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Instructor. En este último caso, expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente. Al finalizar el atestado policial sin prueba suficiente para denunciar, el Fiscal lo declarará así; o cuando se hubiese reunido la prueba que estimase suficiente procederá a formalizar la denuncia ante el Juez Instructor como se deja establecido en el presente artículo.

3.- Denunciar ante el Fiscal Superior a los jueces instructores que incurran en parcialidad manifiesta o culpa inexcusable. Si el Fiscal Superior hace suya la denuncia, el Tribunal Correccional mandará regularizar el procedimiento o designará al Juez instructor reemplazante.

4.- Participar en la instrucción para el efecto de actuar la prueba ofrecida, exigir que se observen los plazos establecidos en la ley e interponer los recursos que ésta le conceda.

5.- Participar e interponer los recursos procedentes en los casos pertinentes a que se refiere el artículo 91° de la presente ley.

6.- Las demás que establece la Ley.

Fuentes:

Const. Arts. 250 inc. 5 y 233 inc. 9.- L.O.P.J. art. 344 inc. 7o

Comentario:

Inc. 1

El M.P. es el encargado de intervenir y vigilar la labor de la policía en la investigación de los delitos. Su tarea esencial es la de cautelar el derecho de la defensa del sospechoso, desde que es detenido por la policía. Cuando el detenido rehusa nombrar defensor, el F.P. debe designar a uno de oficio o, en caso de no existir, un abogado designado por el Colegio de Abogados. De todo debe de dejar constancia en el atestado. Es de esperar que el cumplimiento de esta garantía no se reduzca a una mera formalidad.

Inc.2

Denunciado un hecho considerado delictuoso o formulada acta en casos de acción popular, y cuando la denuncia sea verbal, el F.P. puede abrir investigación policial o formalizar la denuncia ante el Instructor.

La expresión "abrir investigación policial" no puede ser comprendida como similar a la expresión "abrir instrucción" por parte del juez instructor. En este caso, el juez es el

director y encargado de llevar a cabo la investigación judicial. El F.P. no tiene el mismo rol en relación con la investigación policial.

En la práctica, en razón al número elevado de denuncias y al modo como están organizadas la Fuerzas Policiales, la intervención policial es decisiva. Esto sucede aún en los países donde el M.P. es órgano superior de la Policía existe una especial relación de colaboración y de relativa dependencia; la misma que se revela, sobre todo, cuando el M.P. debe realizar investigaciones en los casos previstos por la ley (p. ej. arts. 74 y 75). Estas breves explicaciones permiten -al menos, lo esperamos- comprender mejor el trabajo conjunto del FP. y de la Policía.

El F.P. formalizará la denuncia ante el juez instructor cuando considere que las pruebas adjuntadas son suficientes. Es decir, los elementos probatorios mínimos que den seriedad a la denuncia y que justifiquen la iniciación de una investigación judicial. Su objetivo no puede ser establecer todas las pruebas de cargo o de descargo; pues, ésta es la finalidad de la instrucción. Sin tener en cuenta esta disposición, se ha reconocido aún al juez instructor la facultad de practicar diligencias previas dentro de los diez primeros días de recibida la denuncia (art. 77 C.P.P.). Esto no se justifica, ahora que el

M.P. desempeña el rol de instancia previa de toda denuncia penal.

Al haber sido modificado el art. 77 C.P.P., mediante el D.Leg. 126, en el sentido de que para abrir instrucción es necesario que se haya individualizado al presunto autor, surge la pregunta respecto a si la investigación policial debe continuar hasta que se efectúe dicha individualización. Si se admite este criterio, puede significar que la investigación judicial sea, en la práctica, casi substituida por la investigación policial. Esta investigación preliminar no puede extenderse demasiado. La investigación judicial ofrece mayores garantías para toda persona comprometida, de una u otra manera, con el hecho delictuoso. La participación policial sólo es la que corresponde a un auxiliar de la administración de justicia.

En su denuncia el F.P. está obligado a determinar en qué norma penal se encuentra tipificado el caso denunciado. Esto concuerda con la exigencia del art. 77 del C.P.P. consistente en que el juez sólo abrirá instrucción cuando el "hecho denunciado constituye delito". Este artículo está vigente, por lo que el juez deberá calificar la denuncia del F.P. antes de iniciar la instrucción. Lo que resulta poco claro en esta disposición es la exigencia de que el F.P. señale la pena con que se sanciona el hecho denunciado. Estando a la incipiente investigación policial o a las pruebas mínimas con que cuenta al denunciar, el F.P. se limitará, en la práctica, a indicar los límites mínimo y máximo señalados en la ley. El F.P. no tiene facultades para tomar medidas coercitivas en contra de los denunciados; sólo el juez, titular de la potestad jurisdiccional, puede hacerlo. La calificación definitiva del hecho denunciado y la decisión efectiva sobre la condición del sospechoso, sólo el juez puede realizarlas.

La obligación de aportar las pruebas de cargo impuesta al Fiscal, pone en evidencia el rol activo atribuido al M.P. por esta ley. No sólo debe presentar aquellas que la parte interesada le ha proporcionado, ni tampoco sólo ofrecerlas sino conseguirlas. De allí, por ejemplo, la potestad que se le reconoce de visitar dependencias administrativas, solicitar documentos y recurrir al auxilio de la Policía.

Inc.3

Consecuencia inmediata de su labor de intervención y vigilancia de la investigación judicial es que el Fiscal puede, en caso de que el juez instructor incurra en parcialidad manifiesta o culpa inexcusable, denunciarlo ante el F. Sup. Si éste admite la denuncia, la presentará al Tribunal Correccional quien dispondrá regularizar el procedimiento o retirará del proceso al juez instructor. Este será reemplazado por el llamado por la ley. En consecuencia no es correcto decir que el Tribunal Correccional designará al substituto.

La duda que surge inmediatamente, debido a la manera como está redactado este inciso es si el Tribunal Correccional deberá necesariamente acatar la exigencia del F. Sup. Consideramos que el Tribunal Correccional tiene, en razón a su función, la capacidad de apreciar la denuncia contra el juez instructor. Esta solución es impuesta por el hecho que la regularización del proceso, o la separación del proceso del juez instructor afecta directamente la función jurisdiccional.

Inc. 4

El M.P. es parte pública y actúa por el interés social. Tiene un interés directo sólo cuando la Sociedad es titular del bien lesionado por el delito. El M.P. interviene porque tiende a lograr una decisión judicial frente al imputado, en los modos y con las formalidades propias del proceso penal. El M.P. colabora con el juez en la indagación y comprobación del delito. Ya hemos dicho, es un órgano actuante y no decisorio.

En relación con la función del M.P. de representar a la sociedad se debe distinguir su labor de la del Procurador de la República. Este funcionario representa en juicio al Estado, en la medida en que es la parte agraviada del hecho delictuoso. Puede serlo cuando es agredido, directamente, en su integridad y estabilidad (traición a la patria, rebelión, sedición, etc.); y, así mismo, cuando es perjudicado en uno de sus bienes (por ejemplo, su patrimonio). Por el contrario, no puede intervenir en los casos en que

el bien jurídico dañado está concebido en la ley como perteneciente a la sociedad. Así, en los delitos contra la seguridad o salud públicas. Nada tiene que hacer que el Estado sea la organización político-jurídica de la sociedad. Para los efectos penales, ésta última es sólo representada por el M.P., de acuerdo con la nueva Constitución. Únicamente, cuando el Estado sea agraviado, en una de las dos formas antes señaladas, podrá constituirse en parte civil en el proceso.

Inc. 5

En armonía con su función, el Fiscal debe ofrecer la prueba, exigir que se observen los plazos legales e interponer recursos impugnatorios. Es de lamentar que no haya otorgado al M.P., como lo hacen el Proyecto argentino de 1962 y la legislación italiana, la facultad de impugnar resoluciones que perjudican al imputado. Esta omisión va en contra del interés de justicia que anima la actuación del M.P.

Criterio diferente ha sido admitido por la Corte Suprema en los casos de tráfico ilícito de drogas. Según esta Corte, el M.P. representa a la sociedad en juicio sólo "para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y al interés social".

Además, señala que "esa representación del ente social abstracto no comprende la que concretamente tiene el Procurador General de la República respecto a los intereses jurídicos que el Estado tiene como sujeto de derecho y obligaciones y al cual representa en juicio". El fundamento legal invocado es el art. 22 del D.L. 17537 (Resolución del 17 de febrero de 1982, en la queja No 169-81-Lima).

Atribuciones del F.P. en lo penal

Art. 95°.- Son atribuciones del Fiscal Provincial en lo Penal:

1.- Ejercitar la acción penal procedente cuando el Juez de la causa pone en su conocimiento los indicios de un delito perseguible de oficio cometido en la substanciación de un procedimiento civil.

2.- Solicitar el embargo de los bienes muebles y la anotación de la resolución pertinente en las partidas registrales de los inmuebles de propiedad del inculpado o del tercero civilmente responsable que sean bastantes para asegurar la reparación civil.

3.- *Pedir que se corte la instrucción, respecto del menor de edad que estuviese erróneamente comprendido en ella y que se le ponga a disposición del Juez de Menores, con los antecedentes pertinentes.*

4.- *Solicitar el reconocimiento del inculpado por médicos siquiátras, cuando tuviere sospechas de que el inculpado sufre de enfermedad mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad penal; y en su caso, pedir su internamiento en un nosocomio, cortándose la instrucción con respecto al inimputable.*

5.- *Solicitar, con motivo de la investigación policial que se estuviera realizando o en la instrucción, que el Juez Instructor ordene el reconocimiento del cadáver y su necropsia por peritos médicos, en los casos en que las circunstancias de la muerte susciten sospecha de crimen.*

6.- *Solicitar que se transfiera la competencia, cuando, por las circunstancias, tal medida fuere la más conveniente para la oportuna administración de justicia. Podrá oponerse a la que solicite el inculpado alegando causales de salud o de incapacidad física, si el Fiscal no las considerase debidamente probadas.*

7.- *Emitir informe cuando lo estime conveniente y, en todo caso, al vencerse el término de la instrucción.*

8.- *Visitar los centros penitenciarios y de detención provisional para recibir las quejas y reclamos de los procesados y condenados en relación con su situación judicial y el respeto a sus derechos constitucionales. Duplicado del acta correspondiente elevará, con su informe, al Fiscal Superior en lo Penal, sin perjuicio de tomar las medidas legales que fueren del caso.*

9.- *Solicitar la revocación de la libertad provisional, de la liberación condicional o de la condena condicional, cuando el inculpado o condenado incumpla las obligaciones impuestas o su conducta fuere contraria a las previsiones o presunciones que las determinaron.*

En estos casos la solicitud del Fiscal será acompañada con el atestado policial organizado encumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9o de la presente Ley.

10.- *Las demás que establece la ley.*

Comentario:

Inc. 1

Cuando en la substanciación de un proceso civil se vislumbre la comisión de un delito, el Juez civil debe poner este hecho en conocimiento del F.P. Este no está obligado a formalizar la denuncia ante el juez instructor por el solo mérito de tal comunicación. Deberá apreciar los hechos y, si es el caso, no denunciarlos. El juez civil no es el más indicado para realizar esta apreciación. De otro lado, el

M.P. es el titular de la acción penal. Aun cuando la ley no lo diga y el juez civil no sea inculpado o agraviado (casos previstos en el art. 12 in fine), éste puede recurrir en queja al F.Sup. si no ha sido amparada su denuncia por el F.P. Con este objeto, el F.P. deberá comunicarle su decisión de no incoar la acción penal. Es decir, serán aplicados por analogía los arts. 12 y 13 de la presente ley. La opinión del F. Sup. es definitiva.

En el inciso comentado, se ha reproducido la primera parte del art. 3 del C.P.P. Resulta, por lo tanto, aplicable también en lo demás: mientras dure este procedimiento, el proceso civil será suspendido si el juez considera que la sentencia penal puede influir en la que debe dictarse sobre el pleito civil. Si el

F.P. no hace suya las denuncia o si el F. Sup. está de acuerdo con el F.P. (en caso de que

el juez civil haya recurrido en queja), el juez civil no debe sino reiniciar el proceso civil.

La situación es diferente cuando se detectan indicios de otro delito, en la substanciación de un proceso penal. El juez instructor puede, de oficio, ampliar la instrucción, sin necesidad de que el Fiscal ejercite la acción. (cf., art. 77 C.P.P. modificado por el art. 107 L.O.M.P.).

Inc. 2

Por mandato del art. 1 de esta ley y del art. 65 del C.P., le está también encomendado al M.P. -aldecir de Eugenio Florián- el objeto accesorio del proceso penal; esto es, la reparación civil. Consecuencia directa de esta atribución es la facultad que se le otorga de asegurar su pago,exigiendo se trabe embargo en los bienes del inculpado y del tercero civilmente responsable. Cuando se trate de bienes muebles las reglas están fijadas en el C.P.C.; tratándose de inmuebles la resolución que dispone el embargo debe ser anotada en el registro respectivo.

Inc. 3

Cuando resultare que el imputado es menor de edad, por consiguiente inimputable, es obligación del

M.P. pedir el corte de la secuela de la instrucción y su remisión al juez de menores con los antecedentes respectivos. El corte de la secuela de la instrucción está regulado en el art. 18 del C.P.P.

Inc. 4

El F.P. debe cautelar que la acción penal se dirija contra una persona plenamente imputable. Con este objeto, está facultado a exigir que sea sometida a pericias para descartar la existencia de trastornos mentales o emocionales, que determinen su inimputabilidad o incapacidad penal (art. 85, inc. 1 C.P.). Lo hará siempre que tuviere sospechas respecto al estado de salud mental del procesado. En caso de que se compruebe la inimputabilidad del procesado, debe pedir su internamiento y solicitar se corte la secuela de la instrucción. Esto último debe concordarse con los arts. 189, 190 y 191 del C.P.P. En el primero, se establece expresamente la facultad que ahora se reconoce como una de las atribuciones del F.P. Este reconocimiento no implica que haya sido modificado el art. 189 C.P.P. en la parte que admite la realización del reconocimiento psiquiátrico de oficio o a pedido del defensor. En otros términos, no se estatuye monopolio alguno en favor del F.P. En los arts. 190 y 191, se prevenía, igualmente, la intervención del F.P. antes de que el juez instructor resolviera sobre la situación del procesado.

El internamiento del inimputable en un nosocomio ya estaba previsto en el art. 191. El corte de la secuela del proceso respecto a dicho procesado, se deducía -contrario sensu- de lo dispuesto en el art. 190. En esta disposición, se establece que si el juez adquiere la convicción -apreciando la pericia psiquiátrica- sobre la capacidad del procesado, dispondrá la continuación de la instrucción. En caso contrario, elevará en consulta la instrucción al Tribunal Correccional. Estas normas no han sido derogadas ni modificadas. Con mejor técnica legislativa, el legislador debió de inhibirse de referirse a situaciones que no eran materia de regulación en la presente ley. Así, por ejemplo, cuando reproduce incompletamente, en el inciso comentado, la regulación del corte de la secuela del proceso.

Inc. 5

El art. 172 del C.P.P. estatuye que, en caso de "muerte sospechosa de criminalidad", el juez debe ordenar el reconocimiento del cadáver y la realización de la

autopsia. Esta debe llevarse a cabo en presencia del juez, a fin de que pida las aclaraciones del caso. En la práctica, los jueces no cumplen (por imposibilidad material) con esta exigencia. Esta disposición no ha sido derogada. El F.P. puede solicitar se realice la autopsia o necropsia durante la investigación policial. La solicitará al juez, quien es el único autorizado para ordenarla y llevar adelante su realización. Es indispensable que al momento de decidir si abre o no instrucción el juez cuente con el protocolo de necropsia; sobre todo, cuando no dicta auto apertorio de instrucción. Por último, repitamos que el F.P. por sí mismo no puede ordenar estas diligencias, porque no tiene facultad para ello. Según nuestro ordenamiento procesal vigente, es competencia exclusiva del juez instructor ordenar el reconocimiento y la necropsia del cadáver.

Inc. 6

La competencia de los órganos judiciales está clara y previamente determinada en la ley (art. 19 C.P.P.). Las personas no pueden ser sometidas, en lo penal, a cualquier juez sino sólo a su juez natural. Se trata de una garantía de sus derechos personales. en la práctica pueden presentarse conflictos de competencia debido a que dos o más órganos judiciales se creen con derecho a conocer del proceso debido a alguna de las causas que la determinan: lugar de comisión del delito, lugar donde se encuentran las huellas materiales, lugar donde es arrestado el inculpado y el lugar de su domicilio. El art. 28 del C.P.P. establece las reglas para dirimir la competencia o resolver la excepción respectiva. Cosa diferente es la transferencia de la competencia, que se presenta cuando surgen impedimentos para la realización de la investigación o del juzgamiento en el lugar donde le corresponde. Se trata de remitir el proceso de un juez o tribunal de un Distrito Judicial o otro de Distrito diferente. En la opinión de García Rada (1980, p. 58), este instituto ha nacido a la sombra del art. 28 del C.P.P. De acuerdo con el inc. 2 del art. 113 de la L.O.P.J., la Corte Suprema tiene amplia potestad para transferir la competencia o efectuar un "cambio de radicación del proceso".

De acuerdo con el inciso que anotamos, el F.P. puede solicitar la transferencia de competencia. Como titular de la persecución del delito, el F.P. está interesado en que sean reconocidas las dificultades de la investigación o del juzgamiento. La ley señala como límite de su pedido que la transferencia fuese la medida más conveniente para una oportuna administración de justicia.

El pedido del F.P. será tramitado por los canales normales para que la Corte Suprema decida conforme a sus facultades. La transferencia puede ser, igualmente, solicitada por el procesado por motivo de salud o incapacidad física. El F.P., puede oponerse a esta solicitud. La transferencia de competencia determina el traslado del procesado, en caso de estar detenido, a la sede del órgano judicial declarado competente. El traslado de detenidos realizado por la autoridad administrativa implica una dificultad para la realización del proceso penal, y de hecho, un alejamiento del órgano judicial competente. Este órgano debe autorizar cualquier traslado de los procesados sometidos a su jurisdicción. Por estas razones fue ilegal el traslado, a la Isla del Frontón, de todos los sospechosos detenidos como supuestos autores de actos terroristas en cualquier lugar de la República. Esa medida, explicada por razones de seguridad, fue legitimada mediante la ley 23414 del 8 de junio de 1982.

En el art. 3 de dicha ley, se dispone que "por causas de seguridad los inculpados o en los estados de excepción previstos por el art. 231 de la Constitución, la Sala Plena de la Corte Suprema de la República, a pedido de cualquiera de sus miembros o del Fiscal Provincial en lo Penal, podrá acordar la transferencia de competencia para los procesados de acuerdo a sus causas o procesos por delitos de terrorismo, espionaje y tráfico de drogas de los juzgados y tribunales del país en que han radicado o deberían radicar sus correspondientes procesos al distrito judicial que al efecto disponga la Corte Suprema". La iniciativa reconocida al F.P. está de acuerdo con la facultad que se le atribuye en el art. 95, inc. 6 de la L.O.M.P. La que reconoce

a los Vocales supremos se explica, difícilmente, por meras razones procesales. En la última parte de la disposición citada, se estatuye, que en esos casos de transferencia de competencia "si fuese necesario se podrá designar jueces y tribunales previstos en los artículos 13 y 208 del Código de Procedimientos Penales, para el debido y oportuno juzgamiento de los procesados".

Inc. 7

En todo incidente que se produzca en la instrucción y, siempre al finalizar ésta, el Fiscal puede y debe emitir informes, llamados en nuestra práctica y ordenamiento "dictámenes". Estos deben ser fundamentados y formulados con entera imparcialidad. Mencionar estas exigencias no hubiera estado de más. Este inciso no ha alterado en nada nuestro sistema procesal. Se limita a reconocer la necesidad de la actividad asesora del M.P.

Inc. 8

Este ordinal encarga de manera preferente la inspección de los centros de reclusión al M.P. Tradicionalmente, ha sido potestad del Poder Judicial; pues, para el efecto se nombraba a los llamados "Vocales semaneros", que hacían la inspección de las cárceles cada semana, a quienes acompañaba un miembro del M.P. El D.L. No 21895 restituyó la potestad de vigilancia al Poder Judicial, suprimida por el D.L. No. 14606 (L.O.P.J.), encomendando las visitas a los Secretarios, Relatores, Jueces o Agentes Fiscales indistintamente.

La misión del F.P. se circunscribe a recibir quejas y reclamos de los procesados y condenados en relación con su situación judicial y derechos constitucionales. Formulará un acta de visita. Copia de esta acta será adjuntada al informe que remitirá al F.Sup. en lo penal, sin perjuicio de tomar las medidas necesarias para remediar las irregularidades detectadas.

Inc. 9

La libertad provisional es concedida por el juez instructor de oficio o de pedido del encausado. En algunos casos, también la concede el Tribunal Correccional; por ejemplo, cuando el encausado sólo es ubicado y detenido estando ya la causa en el Tribunal Correccional, o cuando el término de la detención es igual al de la pena solicitada en la acusación. El juez instructor o el Tribunal Correccional pueden, indistintamente, revocar la libertad concedida cuando el procesado incumple las obligaciones impuestas; trate de fugar o se dicte contra él orden de detención definitiva por otro delito doloso. La revocatoria puede ser dictaminada de oficio o a petición del M.P. (art. 114 del C.P.P.). En el inciso comentado, se establece la obligación del F.P. de pedir dicha revocación. De esta manera, se ratifica lo dispuesto en el C.P.P., sin modificarlo, en el sentido de excluir la revocatoria de oficio.

La liberación condicional es una de las etapas del proceso de ejecución de las penas privativas de la libertad. Consiste en liberar al condenado cumplidas las dos terceras partes de la pena, siempre que se haya comportado bien. La concesión de la liberación condicional era facultad de la Dirección General de Establecimientos Penales. Mediante el D.Leg. 124, se ha dado al juez instructor del lugar donde el condenado purga su pena la facultad de conceder la liberación condicional de oficio o a pedido del interesado. El juez decidirá conforme las conclusiones de la encuesta previa que debe realizar, para dichos efectos el F.P. (art. 63 C.P.P.). En el inciso comentado, se ratifica esta intervención del M.P.

La condena condicional consiste en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no mayor de dos años, cuando lo permitan los antecedentes y el

carácter del condenado (art. 286 C.P.P., modificado por el D. Leg. 126). En el texto original de esa disposición, se utilizaba la expresión impersonal "se podrá suspender la ejecución de la pena..." Esto permitió que, cuando se facultó a los jueces instructores a sentenciar en ciertos casos (conforme al D.L. 17110), se comprendiera que podían conceder la condena condicional. Por el D. Leg. No. 126, se ha modificado el art. 286. Equivocadamente, se establece que el Tribunal Correccional podrá suspender la ejecución de la pena; significando, contrario sensu, que no podría hacerlo el juez instructor. De manera evidente, se trata de un error; sobre todo, si se tiene en cuenta que la facultad sentenciadora del juez ha sido, notablemente ampliada por el D. Leg. No.124

De otro lado, la redacción del inciso analizado es imprecisa en cuanto deja abierta la posibilidad de que en todo caso pueda revocarla el juez instructor a pedido del F.P. Aumenta la confusión el hecho que esta facultad no ha sido expresamente atribuida al F. Sup.

Por último, señalamos que, con el objeto de solicitar la revocación de todas estas medidas, el F.P. deberá obtener la información necesaria respecto al incumplimiento de las obligaciones por parte del liberado o condenado condicionalmente. La policía es el auxiliar indispensable en esta indagación. Así lo ha sido hasta la dación de la presente ley. Pero ahora, se da la iniciativa al F.P. para que vigile la efectividad de dichas medidas. Un cambio real de la situación dependerá del empeño y dinamismo con que los fiscales traten de cumplir con sus amplias funciones. La referencia final al art. 9 de la presente ley no es del todo clara.

Se trata de una indicación para que no se pierda de vista que otras facultades del M.P. pueden estar señaladas en otras leyes.

Atribuciones del F.P. en lo Civil

Art. 96°.- Son atribuciones del Fiscal Provincial en lo Civil:

- 1.- Intervenir como parte, ejercitando los recursos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los juicios de nulidad de matrimonio, de separación de los casados y de divorcio.*
- 2.- Emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia en los demás casos a que se refiere el artículo 89° de la presente Ley.*

Comentario:

La labor que se le encomienda al M.P. en primera instancia, determina la naturaleza de su intervención. Ya sea en su condición de parte o de órgano ilustrativo.

Cuando se le otorga la calidad de parte, podrá presentar pruebas, accionar y recurrir interponiendo medios impugatorios. Cuando se le considera como auxiliar ilustrativo, se limitará a dictaminar antes de que se expida resolución final. Este dictamen, aunque la ley lamentablemente no lo señala, debe ser motivado; pues -al decir de Carnelutti- el fiscal formula una pretensión legal razonada. A este respecto la Corte Suprema, en ejecutoria del 12 de octubre de 1972 (Boletín Judicial No 5-7, 1972, p. 309) ha precisado que los dictámenes fiscales deben ser fundamentados.

Esta ley otorga al M.P. la calidad de parte, únicamente, en los procesos de nulidad de matrimonio, separación de cuerpos y divorcio. Hubiera sido conveniente que, también, se le reconozca tal calidad, a fin de hacer más efectiva su intervención, en lo relacionado con las tercerías y quiebras de bienes del procesado penalmente y del tercero civilmente responsable. De otro lado, resulta también poco correcto que no se le atribuya la calidad de parte en los procesos concernientes a la unión de hecho familiar cuando se refieran a los bienes de las partes y de los hijos.

Como auxiliar ilustrativo interviene en los casos señalados en el art. 89 (atribuciones del F. Sup.). Aun cuando no es reproducido el apartado B de esta disposición, creemos que es

aplicable, igualmente, al dictamen que emita el F.P. Vale decir que ese dictamen es sólo ilustrativo y su omisión no causará nulidad cuando lo indique la ley (ver nota al art. 89).

Junta de Fiscales Supremos

Art. 97°.- Son atribuciones de la Junta de Fiscales Supremos:

- 1.- Absolver las consultas a que se refiere el artículo 7° de la presente Ley, que le fueren sometidas por el Fiscal de la Nación.*
- 2.- Revisar el Pliego correspondiente del Presupuesto del Sector Público que le someta el Fiscal de la Nación para el efecto de considerar las necesidades del Ministerio Público que faltara satisfacer y aprobarlo.*
- 3.- A propuesta del Fiscal de la Nación, acordar, por especialidades, el número de los Fiscales Superiores y Provinciales de cada distrito Judicial, teniendo en cuenta las necesidades correspondientes y las posibilidades del Pliego Presupuestal del Ministerio Público.*
- 4.- Acordar la sanción disciplinaria aplicable en un caso concreto, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 51° y siguientes de la presente Ley.*
- 5.- Las demás que establece el Reglamento de la presente Ley.*

Fuentes:

Const. Art. 250. 1a. parte.

Comentario:

Este artículo se refiere a las principales funciones o atribuciones que corresponden a la Junta de Fiscales Supremos. Las demás funciones serán determinadas en el Reglamento que se elabore.

Por la naturaleza pluripersonal de la Fiscalía Suprema, la Junta de fiscales es el organismo necesario de coordinación y de gobierno del M.P. Está conformada por todos los Fiscales Supremos, que tienen igual rango.

Inc. 1

En principio, el F.N. puede absolver directamente la consulta formulada por un Fiscal respecto a la exhortación que le ha hecho el Ministerio de Justicia. Pero también puede, dada la naturaleza del asunto, tratarla con la Junta de Fiscales Supremos. La ley no lo dice, pero es de suponer que debe tratarse de los casos más graves y complicados; en particular, por parecer incorrecta la exhortación.

Inc. 2

La segunda atribución administrativa es de carácter presupuestario. Debe revisar el Pliego del M.P. propuesto por el F.N., para su respectiva aprobación. Los recursos necesarios para que el M.P. pueda cumplir con sus finalidades, son determinados y evaluados por la Junta de Fiscales Supremos.

Inc. 3

La tercera atribución está relacionada con la capacidad funcional del M.P., precisamente con el número de Fiscales Superiores y Provinciales en un Distrito Judicial. La Junta de Fiscales Supremos determinará ese número conforme a las necesidades institucionales y a las posibilidades del pliego presupuestal.

Inc. 4

La última atribución acordada a la Junta de Fiscales Supremos es la disciplinaria a

que se refieren los arts. 51 y s. de la ley. Le corresponde, en forma exclusiva imponer la sanción más grave: la destitución.

Inc. 5

A diferencia de lo dispuesto en los arts. 98 y 99 (inc. 5), el último inciso de este artículo sólo se refiere a las demás atribuciones que se fijarán en el reglamento de la ley, sin hacer último inciso de este artículo sólo se refiere a las demás atribuciones que se fijarán en el reglamento de la ley, sin hacer alusión a las demás atribuciones en la misma ley.

Junta de Fiscales Superiores

Art. 98°.- Son atribuciones de la Junta de Fiscales Superiores de distrito judicial:

1.- Comisionar a uno de sus Fiscales para que visite, ordinaria o extraordinariamente, una o más Fiscalías del distrito para investigar la conducta funcional de los investigados o las denuncias sobre conducta irregular del Fiscal visitado. El informe correspondiente, con las opiniones o recomendaciones de la Junta se elevará al Fiscal de la Nación.

2.- Designar a quien debe reemplazar a falta de Fiscal Adjunto, al impedido de intervenir en caso determinado.

3.- Conceder licencias por enfermedad, duelo u otra causa justificada, por el mérito de la prueba que corresponda, a los Fiscales Superiores, titulares y adjuntos.

4.- Acordar, a propuesta del Fiscal Superior Decano, el nombramiento del personal Administrativo que determina el reglamento de la presente Ley.

5.- Las demás que establece la presente Ley y su reglamento.

Comentario:

Taxativamente este numeral señala a la Junta de Fiscales Superiores cuatro atribuciones específicas, y por vía de remisión lo concerniente a las licencias e impedimentos que reglan los arts. 23 y 25.

La primera atribución está en relación con la potestad de control y de disciplina. La Junta de Fiscales Superiores debe comisionar a uno de sus Fiscales para visitar ordinaria o extraordinariamente a una o más Fiscalías, a fin de investigar la conducta de sus titulares. Nótese que la ley reitera la distinción entre conducta funcional y conducta irregular del funcionario. La primera expresión es usada en el art. 78; mientras que, en remplazo de la segunda, se usa la expresión conducta afectada por la queja (art. 76). Asimismo, contradictoriamente, en el artículo que comentamos se habla de denuncia en lugar de queja. La Junta de Fiscales no impone sanciones, se limita a emitir un informe, el mismo que elevará al F.N.

La segunda atribución consiste en nombrar al reemplazante del Fiscal impedido cuando no existe Fiscal Adjunto. Esta disposición repite lo ya dispuesto en el art. 23; aclarando, al mismo tiempo, que debe tratarse de impedimento en relación a un caso determinado. No se trata del reemplazo temporal en el desempeño del cargo, como sucede en caso de licencia, por ejemplo.

La tercera atribución se refiere a la concesión de licencias por enfermedad, duelo u otra causa (arts. 25-27) a los Fiscales Superiores y Adjuntos. Las vacantes son cubiertas conforme el art. 25. Por último, el presente artículo atribuye a la Junta de Fiscales Superiores de la facultad de nombrar al personal auxiliar administrativo, conforme lo determinará el reglamento.

Junta de Fiscales Provinciales

Art. 99°.- Son atribuciones de la Junta de Fiscales Provinciales:

1.- Designar a quien debe reemplazar, a falta de Fiscal Adjunto, al impedido de

intervenir en caso determinado.

2.- Conceder licencias por enfermedad, duelo u otra causa justificada, por el mérito de la prueba que corresponda, a los Fiscales Provinciales y sus Adjuntos.

Comentario:

Dos son las atribuciones específicas que se le ha otorgado a la Junta de Fiscales Provinciales, ambas similares a las concedidas a los Fiscales Superiores. La primera consiste en determinar el reemplazo del fiscal Adjunto, impedido de intervenir en un caso determinado. La segunda, estriba en conceder licencias a los Fiscales Provinciales y Adjuntos.

El reglamento de la ley precisará con mayor amplitud su competencia.

TITULO IV

DEL INSTITUTO NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

Instituto Nacional del M.P.

Art. 100°.- Créase el instituto Nacional del Ministerio Público, y con la renta que se le asigne en el Pliego Presupuestal correspondiente, con la finalidad de organizar cursillos de perfeccionamiento, seminarios, actuaciones académicas, congresos, inclusive internacionales, en que participen los Fiscales del Perú o de uno o varios de sus distritos judiciales; publicación de libros, revistas y estudios sobre las materias jurídicas y científicas en que fundamenta e inspira su función el Ministerio Público y, en general, propender a la mejor preparación de sus miembros y a la plena eficiencia de la Institución.

Fuentes:

D.L. 22422 (Centro de Investigaciones Judiciales).

Comentario:

La necesidad de que el M.P. estuviese conformado por personas idóneas y de una sólida formación profesional ha hecho necesaria la creación del Instituto Nacional del Ministerio Público, bajo la dirección del F.N.

Esta creación, que no estaba contemplada en el proyecto de la ley, en principio, es un acierto. Mediante este Instituto, se trata de formar funcionarios fiscales con los que recién se inician en la carrera, perfeccionar y actualizar los conocimientos de los que ya están en ella, y vincularlos con los medios académicos y científicos que tratan sobre su actividad. Este Instituto va a funcionar, además, como un centro de coordinación de las actividades culturales del M.P. que por mandato de la ley deben desarrollarse. Estas actividades consistirán: en la organización de cursillos de perfeccionamiento, seminarios, actuaciones académicas nacionales; como también la organización de seminarios y congresos internacionales del M.P., con la participación en éstos de los fiscales peruanos.

El Poder Judicial ha carecido siempre de un organismo que forme magistrados, los perfeccione continuamente y los tenga en contacto con la evolución del derecho. Recién con la creación de la Comisión de Reforma Judicial, y específicamente con la creación, en su reemplazo, del Centro de Investigaciones Judiciales, por D.L. No. 22422 de enero de 1979, se trata de llenar este vacío. Tal vez este Instituto sea el precedente nacional más cercano del Instituto Nacional del M.P. Similares organismos existen en otros países; por

ejemplo, México. En España, la Escuela Judicial prepara, conjuntamente, a jueces y fiscales, dada la equiparación entre ambas magistraturas.

Corresponde al reglamento detallar y especificar su funcionamiento y atribuciones. Sería conveniente que empiece sus actividades con la creación, en coordinación con el Poder Judicial, de un alto centro de estudios. La prioridad la tienen los primeros escalones de la carrera fiscal. Debe de cubrirse este gran vacío, que se agrava por la deficiente preparación universitaria.

TITULO V

DISPOSICIONES TRANSITORIAS, DEROGATORIAS Y MODIFICATORIAS

Ratificación de fiscales

Art. 101°.- De conformidad con la primera parte del artículo 250° de la Constitución Política y su Disposición Décimo Tercera General y Transitoria, la Junta de Fiscales Supremos procederá a la ratificación de los Fiscales Superiores y Provinciales que integran el Ministerio Público, dentro del plazo de ciento veinte días de vigencia de la presente Ley. En tanto se constituya la Junta de Fiscales Supremos, las ratificaciones podrán ser hechas por el Fiscal de la Nación.

Comentario:

La Constitución del Estado, en su disposición transitoria décimo tercera, con la finalidad de restaurarla legalidad judicial, dispuso, por esta única vez, que se procediera a una ratificación de todos los magistrados de primera y segunda instancia. El Senado ya cumplió con ratificar a los Vocales Supremos. La nueva Corte Suprema, formada por los Vocales ratificados y los nombrados durante el período constitucional, deben ratificar a los funcionarios judiciales de inferior jerarquía.

Siendo el M.P. un órgano autónomo, independiente en relación a los poderes del Estado no correspondía, como sucedía antes, hacer la ratificación de los Fiscales de la Corte Suprema. Mediante el presente artículo, se regulariza esta situación y, al mismo tiempo, se subraya la autonomía del M.P.

La ratificación está a cargo de la Junta de Fiscales Supremos, órgano colegiado del gobierno del M.P. El plazo fijado para la ratificación es de 120 días a partir de la vigencia de la presente ley. Según el art. 195 de la Constitución, la ley es obligatoria desde el decimosexto día ulterior a su publicación, habiendo sido publicada el 18 de marzo de 1981, el término empezó a correr desde el 3 de abril último. consideramos que esta última parte es errónea. Debió adoptarse el mismo criterio estatuido con relación a las ratificaciones judiciales. Según la Constitución, el cómputo del plazo correrá a partir de la conformación de la nueva Corte Suprema con todos sus nuevos miembros titulares. De otro lado la ley, de modo excesivo, da facultad al F.N. para que individualmente haga estas ratificaciones, en tanto se constituya la Junta de Fiscales Supremos. Así, se viola el principio de la dirección colegiada propia de una Fiscalía Suprema pluripersonal.

Nosotros consideramos que en ambos aspectos la ley es inconstitucional; pues contradice la decimotercera disposición transitoria de la Constitución. Esta norma debe prevalecer y, por consiguiente, debe esperarse a que esté constituida la Junta de Fiscales Supremos, fecha a partir de la cual se iniciaría el cómputo de los 120 días.

Excepción a limitaciones presupuestales

Art. 102.- El Ministerio Público queda exceptuado hasta el 31 de Diciembre de 1981 de las prohibiciones contenidas en los artículos 64° y 65° de la ley No 23233.

Comentario:

La Ley del Presupuesto ha prohibido gastos y nombramientos en la administración pública, dentro de una política de austeridad, que tiene por objeto mantener el equilibrio fiscal y presupuestal. Empero esta misma ley establece excepciones, que sirven, justamente, de base al dispositivo que comentamos.

Para la organización del M.P. es necesario contar con fiscales, personal administrativo, infraestructura y diversos implementos materiales. La Constitución y la ley han instituido nuevos funcionarios (F.N.,

F.S. y Fiscal Adjunto) y nuevos organismos (Junta de Fiscales e Instituto Nacional del M.P.). Así mismo han establecido su autonomía, lo que obliga a la organización de la infraestructura necesaria que antes la proporcionaba el Poder Judicial. Todo esto es posible hacerlo sólo recurriendo a los fondos del Tesoro Público, por lo que es dable esta exoneración.

Personal fiscal y administrativo del M.P.

Art. 103°.- El actual personal de Fiscales y Agentes Fiscales pasarán a integrar el Ministerio Público a que se refiere esta Ley, conservando sus categorías y derechos hasta la ratificación correspondiente.

El Personal Auxiliar y los bienes muebles que el Ministerio Público posee actualmente continuarán a su servicio. Transfírase del Pliego del Poder Judicial al del Ministerio Público las partidas presupuestales respectivas.

Los recursos presupuestales adicionales que se requieran para el funcionamiento del Ministerio Público durante el presente año, serán atendidos por el Ministerio de Economía, Finanzas y Comercio en la forma prevista en la Ley de Presupuesto, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación de la presente ley, mediante la ampliación del Presupuesto del Sector Público vigente.

Comentario:

La estructuración del nuevo M.P. se hace en base de los recursos humanos y materiales del sistema organizado por el C.P.P. y por la L.O.P.J. No podía ser de otra manera.

Pasan a integrar el M.P. los Fiscales Superiores y los Agentes Fiscales, quienes conservan sus categorías y derechos hasta la ratificación correspondiente. El personal auxiliar y los bienes muebles que poseen actualmente, también son transferidos a su servicio. Una omisión notoria es la referente a los locales ocupados por los miembros del M.P. La sede natural del M.P. es al lado de los jueces.

Para lograr una adecuada reestructuración del M.P., la ley dispone el traspaso de las partidas presupuestales respectivas del pliego del Poder Judicial al pliego del M.P. Además, añade que los recursos presupuestales que se requieran para el funcionamiento del M.P. durante este año, ya que en lo sucesivo tendrá su propio pliego sujeto a su administración autónoma, serán atendidos por el Ministerio de Economía, dentro de los treinta días de la publicación de esta ley, ampliándose el presupuesto del sector público vigente.

Ocupación preferente del F.N. – Organización

Art. 104°.- El Fiscal de la Nación, durante los seis meses siguientes a la promulgación de la presente ley, atenderá preferentemente a las labores de organización, instalación y equipamiento del Ministerio Público en la República.

Comentario:

Con buen criterio, mediante esta disposición, se autoriza al F.N. para que se dedique, prioritariamente, a la tarea de organizar, equipar e instalar el M.P. en la República. El plazo de seis meses es prudente; pues, la labor encomendada parte de la organización actual del M.P. El éxito no sólo dependerá de la iniciativa, entusiasmo y capacidad del F.N., sino, sobre todo, del apoyo económico que reciba.

Lo aconsejable era establecer dicho plazo como "vacatio legis". Durante el cual, debía no sólo organizarse el nuevo M.P. sino, también, hacer los necesarios ajustes legislativos en el dominio civil, penal y procesal. Además, hubiera permitido difundir la ley, los criterios en ella admitidos y la elaboración de las circulares necesarias para instruir a los Fiscales, Jueces y Funcionarios públicos. Toda ley de este tipo requiere de un período más o menos largo de preparación para su puesta en vigencia. Esta es la concepción admitida en la Constitución cuando se establece que la "ley es obligatoria desde el decimosexto día ulterior a su publicación en el diario oficial; salvo, en cuanto el plazo, disposición contraria de la misma ley" (art. 195).

Disposiciones derogatorias - L.O.P.J.

Art. 105.- Derogase el Título XXIII - Ministerio de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 20°, 30°, 38°, 40°, 41°, 42°, 58°, 61°, 70°, 73°, 79°, 88°, 90°, 94°, 95°, 100°, 128°, 137° incisos 12° y 15°, 145° inciso 4°, 278°, 279° inc. b) y 280° de la citada Ley, así como los artículos 3° del Decreto Ley No 18347 y 1° incisos 2) y 3) del Decreto Ley No 19957, en cuanto se refieren a los miembros del Ministerio Público.

Comentario:

Es costumbres, en nuestro país, que la disposición final de una nueva ley estatuya que "quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente ley". Esta fórmula tiene la ventaja de su generalidad; pero tiene el grave defecto de su vaguedad. En la ley estudiada, se ha preferido enumerar las normas derogadas y modificadas, omitiéndose incorporar la norma general antes señalada. Esta omisión no es importante, pues la regulación diferente de una situación, ya prevista en disposición anterior, significa su tácita derogación.

En el presente artículo, se hace referencia, en primer lugar, a las disposiciones del la L.O.P.J. (D.L. No. 14605), concernientes al M.P. Luego deroga el art. 3 del D.L. 18347 que concedió a la Corte Suprema la facultad de suprimir Fiscalías y Agencias Fiscales, disponiendo el traslado de su personala donde tuviera por conveniente. Por último, deroga los incisos 2. y 3 del art. 1o. del D.L. 19957, en cuanto se refiere al M.P. De esta manera, aun legislativamente, se confirma la autonomía e independencia del M.P. Sin embargo, estas no se hubieran visto afectadas si en la ley se hubieran hecho referencias a otras leyes (por ejemplo, a la L.O.P.J. en relación con las exigencias para ser Fiscales) en lugar de repetir los mismos textos legislativos.

Disposiciones derogatorias - Ley procesar penal

Art. 106°.- Derogase, asimismo, el Título III - Ministerio Público - del Libro Primero del Código de Procedimientos Penales y sus artículos 41°, en cuanto se refiere a la intervención del Juez Instructor y el Tribunal Correccional en la excusa del Agente Fiscal; 50°, 199°, en cuanto autorizan al Juez Instructor para devolver los autos al Agente Fiscal para que expida dictamen; 220°, modificado por el Decreto Ley No 21895, en cuanto autoriza al Tribunal a disponer, alternativamente, que el Fiscal se pronuncie sobre el fondo del proceso y los artículos 222° y 223°, modificados por el citado Decreto Ley.

Comentario:

Las disposiciones que regulaban la organización y las atribuciones del M.P., contenidas en el C.P.P., se encontraban agrupadas en el Título III del Libro Primero. De allí que fuera

indispensable derogarlas mediante la presente ley.

(Art. 41 C.P.P.)

En la introducción de nuestra obra, ya hemos indicado la defectuosa técnica utilizada en la redacción de esta parte de la ley. Esto es, particularmente notorio, en relación con el art. 41 del C.P.P. Del texto mismo de la ley, se desprende que esta disposición es modificada sólo en cuanto a la intervención del Juez o Tribunal Correccional en la excusa de los Fiscales. Pero, los casos en que procede la excusa y la obligación de excusarse de los Fiscales se encuentran regulados, expresamente, en el art. 19 y s. de esta ley, por lo que no pueden permanecer vigentes las demás partes del art. 41 que regulan estas mismas situaciones. Debió ser, simple y llanamente, derogada en su integridad.

La exclusión del control judicial sobre la procedencia de la excusa del Fiscal confirma la autonomía del M.P. En su lugar, el art. 19 de la ley establece que los Fiscales deben excusarse "bajo responsabilidad"; y el art. 22, que dicha responsabilidad puede ser "disciplinaria, civil o penal según el caso".

(Art. 50 C.P.P.)

El promotor fiscal no ha sido considerado en la ley comentada. El criterio admitido es que en todo juzgado penal exista un Fiscal Provincial (Lo mismo que en cada Juzgado Civil). En caso de impedimento o de temporal vacancia de una Fiscalía, se nombrará al sustituto conforme a los arts. 24 y 27 de la ley.

(Art. 199 C.P.P.)

Según el art. 198 del C.P.P., el F.P. debe, finalizada la instrucción emitir dictamen. Así lo establece, igualmente, el inc. 7 del art. 95 de la presente ley. El Fiscal tiene dos posibilidades: primero, pronunciarse sobre el delito y la responsabilidad o inocencia del inculcado; segundo, solicitar al juez una ampliación de la instrucción para completar la investigación. En este último caso, el juez podía, conforme al art. 199, disponer que el Fiscal acuse por considerar acabada la investigación. De acuerdo con la disposición que analizamos, la situación se convierte. El Juez no podrá sino aceptar el pedido de ampliación formulado por el Fiscal, sin poder apreciar si tal situación es o no conveniente. Como se trata de la continuación de una investigación las consecuencias no son tan graves; a lo más afectaría la celeridad del proceso.

El art. 199 sólo permanece vigente, primero, en cuanto dispone que el juez se pronunciará, en su informe, sobre los mismos puntos señalados en el art. 198 con relación al dictamen fiscal; y, segundo, que elevará los autos al Tribunal Correccional.

(Art. 220 C.P.P.)

Casi la misma solución se adopta con relación a la facultad del Tribunal Correccional, reconocida en el primer párrafo del art. 220 del C.P.P.

Es decir, el Tribunal Correccional deberá resolver de acuerdo con la opinión del F. Sup. No puede exigirle que se pronuncie sobre el fondo del asunto. El nuevo texto del art. 220 del C.P.P. ha sido establecido mediante el D. Leg. 126. En éste, se reitera la obligación del Tribunal Correccional para aceptar el pedido del Fiscal; pero, no se señala, como lo hacía el texto modificado, la duración del plazo ampliatorio. Ahora se dice que durará el término que indique el Fiscal. como lo hemos dicho, anteriormente, dicho plazo no puede ser superior al de sesenta días señalado en el art. 202 modificado también por el D. Leg. No. 126 (ver comentario al art.)

(Arts. 222 y 223 C.P.P.)

Los arts. 222 y 223 del C.P.P. estatúan un control judicial respecto a la decisión del F. Sup. de considerar improcedente la realización del juicio oral, respecto al caso que se le remitió para que emitiera dictamen. Si el Tribunal Correccional no era del mismo parecer, tenía la facultad de mandar ampliar la instrucción o de ordenar que el F. Sup. acuse. Este podía interponer recurso de nulidad contra la resolución del Tribunal Correccional. La Corte Suprema resolvía, en definitiva.

De esta manera, la finalización del proceso por no ejercitarse la acción penal - al no acusar el F. Sup.- no quedaba en manos de un solo funcionario y, menos, sin que exista la posibilidad de impugnar su criterio. Esto es lo que se presentó al entrar en vigor la L.O.M.P., al no haberse substituido el control judicial eliminado por derogatoria de los arts. 222 y 223 del C.P.P. En los párrafos "b" y "c" de esta disposición, se faculta al Tribunal Correccional a elevar el proceso al F.S. en lo penal.

De acuerdo con la autonomía del M.P., se ha establecido el control del inmediato superior para los casos en que el Tribunal Correccional fuese de criterio diferente al F. Sup. La necesidad de este control es el fundamento de la instancia judicial plural, garantía constitucional de la administración de justicia (art. 239, inc. 18 Const); garantía no sólo para el procesado, sino también para la víctima (interés personal) y para la comunidad (interés social). En la ambivalente función del M.P. -de un lado, perseguidor del delincuente; y, del otro, encargado de lograr la reparación civil en favor de la víctima-, la primacía no puede inclinarse a favor de su rol de titular de la acción penal; sobre todo, cuando el problema no radica en la sola intervención de uno de sus miembros. Aquí debe existir un severo control que corrija errores e elimine venalidades.

En la práctica judicial, este cambio legislativo produjo una gran confusión. Esto es notorio, en particular, en diversas resoluciones de la Corte Suprema. Por ejemplo, en algunas de ellas se constata, primero, que ante la no acusación del F. Sup., el Tribunal Correccional declara no haber lugar a juicio oral y remite -en razón a la naturaleza del delito- el proceso a la Corte Suprema. Segundo, la Corte Suprema declara no haber nulidad y ordena el archivamiento definitivo. Ella consideró que de lo contrario hubiera sido necesario obligar al F. Sup. a acusar, lo que no permite la L.O.M.P. Esta solución, carente de espíritu de creatividad jurisprudencial, era formalmente correcta por haberse derogado los arts. 222 y 223 del C.P.P.; sin reemplazarse el control que estatúan. La reforma del art. 220 de la ley procesal, mediante el D. Leg. 126 establece el necesario control. De esta manera, se evita que el F. Sup. tenga la última palabra; ésta es potestad del F.S., en el procedimiento ordinario. Respecto al sumario, debe aplicarse, por analogía, el mismo procedimiento de control; pues, la ley no ha previsto una disposición especial.

Este sistema, basado en el respeto de la autonomía del M.P. y de su preeminencia en el ejercicio de la acción penal, no debe ser desvirtuado mediante conclusiones apresuradas. Así, es incorrecto afirmar: "El que un Fiscal no produzca acusación constituye una decisión jurisdiccional (sic) tan clara como la absolución por un Juez o Tribunal". El M.P. no es un órgano jurisdiccional, sus dictámenes - en ningún caso- pueden ser equiparados a sentencias. De otro lado, es erróneo creer que el F.S. sólo emite dictamen previo en los casos previstos en el art. 83. Ninguna razón -menos la acumulación de trabajo- puede justificar una solución diferente (ver dictamen No. 478/82-FSP, del 11 de marzo de 1982, en la instrucción No. 689-81-Lima).

El defecto original de la L.O.M.P. no podía ser corregido por la impugnación (por parte del agraviado o interesado) de la resolución del Tribunal Correccional que dispone no haber lugar a juicio oral y ordena el archivamiento del proceso. No hubiera tenido ningún efecto; pues no habiendo acusado el F. Sup. -titular de la acción penal- el proceso ha fenecido. Ya hemos visto que en esto radica el problema.

Tampoco era suficiente que la ley (art. 51) estableciera la responsabilidad que tienen los Fiscales que no ejercen correctamente sus funciones. Pues, la constatación de una anomalía y la sanción del funcionario, no hubiese afectado la situación jurisdiccional definitiva, establecida en base al dictamen indebidamente emitido.

Disposiciones modificatorias - Ley procesal penal

Art. 107°.- Modifícale el Código de Procedimientos Penales en sus artículos 74°, 75° y 77°, modificado por Decreto Ley No 21895, en el sentido de que la instrucción sólo puede iniciarse de oficio o por denuncia del Ministerio Público, cuando la acción penal es pública, y del agraviado o sus parientes, cuando es privada; 91°, en cuanto declara facultativa la concurrencia del Ministerio Público a las diligencias judiciales, la que es obligatoria; 219°, en el sentido de que son ocho días naturales si hay reo en cárcel y veinte, si no lo hay; 225° y 239°, en el sentido que expresa el artículo 96°, inciso 4°, de la presente ley; 230°, en el sentido de que, en los casos a que se refiere, si fuesen imputables al Ministerio Público, los pondrá en conocimiento del Fiscal de la Nación; 266°, modificado por el citado Decreto Ley, en cuanto establece que se podrá reemplazar a los miembros del Ministerio Público a criterio del Tribunal, reemplazo que se hará como lo disponen los artículos 22° y 92°, de la presente ley.

Fuentes:

L.O.M.P. arts. 11, 12, 14, 23, 56 inc. 4 y 5, 92 inc. 4 y 98.

Comentario:

(Arts. 225 y 239 C.P.P.)

El art. 225 del C.P.P. fija el contenido de la acusación fiscal. En ninguno de sus incisos se establece una facultad disciplinaria del F. Sup. con relación al F.P. El art. 239 se refiere al ofrecimiento de testigos por parte del Fiscal, de allí que no se comprende por qué serían modificadas ambas disposiciones en el sentido señalado en el art. 97, inc. 4.

La referencia al art. 96 que hace la ley es equivocada, ya que esta disposición está constituida por sólo dos incisos. El error proviene porque se ha mantenido el texto del Proyecto, en el que el actual numeral 97 estaba designado con el número 96.

(Art. 230 C.P.P.)

El mencionado inciso 4 del art. 96, se refiere a que la Junta de Fiscales Supremos es la facultada para solicitar la sanción disciplinaria aplicable a los fiscales conforme el art. 51 de la ley. El artículo que debió ser mencionado como modificado es el art. 230 C.P.P. en el que se establece la facultad disciplinaria de la Corte Suprema con relación a jueces y fiscales. Esto es, justamente, lo que se hace enseguida. Pero, en todo caso, no es justificada la mención a los arts. 225 y 239.

(Art. 266 C.P.P.)

Los arts. 23 -equivocadamente indicado como el 22- y 92, inc.3 de la presente ley, se refieren a todos los fiscales, en general, y a los Fiscales Provinciales, en particular; mientras que el art. 266, último párrafo, se refiere sólo al reemplazo del F. Sup. durante el desarrollo del juicio oral. Por esto, hubiera sido preferible derogar, simplemente el indicado párrafo. Los errores de numeración tienen su origen en la falta de cuidado en la redacción del texto definitivo de la ley.

- (Art. 711 C.P.P.)

Pese a su imprecisión conceptual, el art. 2 del C.P.P. ya establecía que el ejercicio de la acción penal

-siempre pública- podía ser practicada por el M.P. o por el ofendido. En este último caso, se trata de la querrela. En el primero, el M.P. podía actuar de oficio o a instancia de la parte agraviada o por acción popular. No es otra cosa la que dispone el art. 11 de la presente ley, con el agregado ya explicado al comentar esta disposición.

En el art. 74 del C.P.P. se ratificaba lo dispuesto en el art. 2, en cuanto disponía que la instrucción se inicia a "solicitud" del M.P. o por querrela. Al mismo tiempo, se señalaba que el propio juez instructor, podía comenzarla de oficio. Así quedaba claro que la instrucción penal podía ponerse en marcha a iniciativa, primero, del juez; segundo, del M.P.; y, tercero, del agraviado (querrela). No es otra cosa lo que se establece en el artículo que comentamos, cuando se dice que "la instrucción sólo puede iniciarse (1) de oficio o por (2) denuncia del M.P., cuando la acción es pública, y del (3) agraviado o sus parientes, cuando es privada". Lo único que sería diferente es la potestad dada al agraviado o a sus parientes de denunciar el delito, directamente ante el Juez Instructor. Es en esta parte que sería modificado el art. 74 del C.P.P.

(Art. 75 C.P.P.)

Siguiendo de cerca el texto legal comentado, la interpretación planteada permitiría sostener -en relación con el art. 75- que la modificación no afecta al párrafo primero. En éste, se señala en qué casos el juez abrirá instrucción de oficio: "cuando en forma pública llegue a (su) conocimiento ... la comisión inmediata de un delito que no requiere instancia previa o querrela de la parte agraviada".

Es decir, si se entera, en "forma pública", de que un delito (perseguido de oficio) viene de ser cometido. La noción de delito de "comisión inmediata" comprende tanto el caso de descubrirse al autor en el momento que lo comete (flagrancia); como el del agente perseguido y detenido inmediatamente después de haber delinquido o del sorprendido con cosas o trazas que revelan que viene de ejecutarlo (quasi flagrancia) (Pisapia, Gian Domenico, Compendio di procedura penale, Padova 1975, p. 174).

Si uno de estos casos llega a conocimiento del juez, éste puede dictar auto de apertura de la instrucción. De lo contrario, significaría que debería esperar que el F.P. denuncie el hecho o que debería comunicárselo para que proceda conforme a sus atribuciones. Esto nos parece inútil. De allí que se conserve en vigencia el primer párrafo del art. 75. Lo que no puede hacer el juez es abrir instrucción cuando la realización de un delito de comisión inmediata llegue a su conocimiento mediante el ejercicio de la acción popular. Esta la puede ejercitar "cualquiera del pueblo"; pero, exclusivamente ante el F.P. Así, se dispone en el art. 76 del C.P.P.; y, ha sido ratificado mediante el art. 94, inc.2, de la L.O.M.P., modificadorio del mencionado artículo del C.P.P. La Corte Suprema ha afirmado, correctamente, que es nulo todo lo actuado, si la denuncia por acción popular es presentada directamente al juez instructor y éste la tramita prescindiendo del representante del M.P. (R.J.P. 1975, p.200).

En resumen, si bien no se despoja al juez instructor de la potestad de abrir de oficio la instrucción, la ley le limita su ejercicio al caso que venimos de señalar (art. 75, pf.1). La regla general es el reconocimiento en favor del M.P. de la prioridad en el ejercicio de la acción penal pública; pues, nadie puede dirigirse directamente al juez para denunciar un delito. Excepcionalmente, el juez de propia iniciativa abrirá instrucción.

Este parece haber sido el criterio admitido en la redacción de la ley; ya que en la exposición de motivos (p. 72), se dice que el juez instructor también puede abrir instrucción de oficio en los casos que ha de señalar la L.O.P.J.

Una mejor redacción de las disposiciones de la L.O.M.P. y su correcta concordancia con las del C.P.P., hubieran evitado cualquier confusión o duda de esta naturaleza.

Los demás párrafos del art. 75 son modificados clara y sustancialmente; al señalar que las autoridades políticas, los miembros de la Policía, los agraviados, ascendientes, descendientes,

cónyuge, parientes colaterales dentro del cuarto grado y afines dentro del segundo, padres o hijos adoptivos, tutores o curadores, no podrán denunciar el delito directamente, ante el juez, sino que deberán recurrir primero al M.P. quien formalizará la denuncia; es decir, incoará la acción penal. De esta manera, se establece un control sobre las denuncias de los particulares, autoridades políticas y policiales. Este control se encuentra ya estatuido en el art. 76 del C.P.P. respecto a la acción popular. Esta disposición ha sido, a su vez, modificada por el art. 94, inc. 2. Aquí, se dispone que la acción popular no sólo se ejercitará por escrito, sino también verbalmente. De ser este el caso, se extenderá acta que suscribirá el denunciante.

(Art. 77 C.P.P.)

El art. 77 es modificado sólo en su parte inicial. El agraviado no puede denunciar el delito ante el juez, debe hacerlo ante el Fiscal. De otro lado, vale la pena señalarlo, el mencionado dispositivo ha sido modificado mediante el D. Leg. 126. Ahora el Juez Instructor deberá abrir instrucción sólo cuando se ha individualizado al presunto autor y se den las demás exigencias: que el hecho denunciado constituya delito, que la acción penal no haya prescrito y que no falte ningún elemento de procedibilidad. Ya hemos tenido ocasión de señalar la imperfección de esta modificación (ver comentarios al art. 94, inc.2). En la medida en que se deja, de esta manera, la investigación de un hecho delictivo evidente (muerte por arma de fuego producida por mano ajena) en el dominio de la Policía, se atenta contra el monopolio de los juzgados y tribunales de administrar justicia (Const. art. 232); se amplía la finalidad de las Fuerzas Policiales, cuyos límites son de prevenir y combatir la delincuencia (Const. art. 277); y, por último, se ponen en peligro las garantías fundamentales de las personas que fueran consideradas como sospechosas y de los mismos agraviados. De manera más concreta, señalemos que la individualización del responsable es objeto, precisamente, de la instrucción. Además, qué debe entenderse por individualización. No creemos que se haya pensado en las generales de la ley o en la determinación de sus características físicas personales. Parecería que debería saberse, al menos, los nombres y apellidos; a fin de poder ser mencionados en el auto de apertura de instrucción. No bastaría conocer un nombre y un apellido o sólo el nombre o el apodo. En el caso de delitos contra el tráfico ilícito de drogas, existiría la imposibilidad de iniciar investigación contra los cabecillas que ocultan de esa manera su identidad; a pesar que se conozcan sus características personales.

Por todas estas consideraciones constitucionales y prácticas, resulta excesiva la nueva exigencia establecida para dar inicio a la instrucción.

La denuncia del M.P. no obliga al Juez Instructor. Si fuere lo contrario, no se explicaría por qué en el art. 77 se le siga reconociendo, de modo amplio, la facultad de decretar un "no ha lugar". Desde el origen de la instrucción, el Juez Instructor es el director y responsable de la investigación judicial.

En este mismo sentido, es de interpretar el nuevo texto del art. 265 del C.P.P. (D. Leg. No. 126). El Tribunal Correccional no deja de tener la potestad de apreciar la corrección del pedido del F. Sup. para que se abra instrucción contra persona no comprendida en la acusación escrita. Esta disposición es incorrecta, primero, porque establece la obligatoriedad que venimos de criticar; y segundo, porque no dispone que el F. Sup. se dirija, directamente, al F.P. para que plantee la denuncia respectiva en base a los debates orales que han revelado la responsabilidad de la persona no comprendida en su acusación. Así se mantendría el criterio de autonomía interna establecido en la ley. El mismo que se materializa en el segundo párrafo del art. 265 C.P.P., al disponerse que si el F. Sup. no pide la apertura de instrucción, el Tribunal Correccional pondrá en conocimiento el hecho, mediante las copias respectivas, del F.S. en lo penal para que

decida en el último extremo.

(Art. 91 C.P.P.)

Con el fin de hacer efectiva la vigilancia y la intervención del M.P. en la investigación judicial, se ha modificado el art. 91 C.P.P. en el sentido de hacer obligatoria la presencia del F.P. en todas las diligencias judiciales. Con este objeto, el juez deberá citarlo. El incumplimiento del juez en hacer citación o del Fiscal en concurrir a la diligencia, traerá como consecuencia, inevitable, la sanción disciplinaria correspondiente. Pero, la duda surge respecto a la validez de la diligencia judicial realizada en la ausencia del representante del M.P. ¿Es nula? ¿Debe el juez no llevarla adelante? La respuesta afirmativa llevaría a la paralización de la administración de justicia; sobre todo, en la etapa inicial de la organización del M.P., en la que el número insuficiente de Fiscales o Adjuntos no le permite cubrir las innumerables diligencias judiciales que se realizan. El F.p. no puede hacerse reemplazar, por el contrario, por un simple auxiliar. Este no es órgano del M.P. El mayor peligro reside en que se desnaturalice esta obligación, haciendo aparecer en las actas respectivas su cumplimiento, sin que, realmente, se haya producido.

(Art. 219 C.P.P.)

El plazo dado al F. Sup. para que emita dictamen, cuando el Tribunal Correccional le remita la instrucción terminada, ha sido modificado de dos maneras. En primer lugar, se ha precisado que los ocho días concedidos, en casos de procesados en cárcel, son días naturales y no cronológicos, como venía siendo interpretado el art. 219 C.P.P. En segundo lugar, el plazo de quince días, establecido para los casos con procesados en libertad, ha sido aumentado a veinte días. Se sobreentiende que también se trata de días naturales. De esta manera, se acentúa la exigencia de resolver con prontitud la situación de los inculcados que sufren detención. Esta reforma ha sido recogida al modificarse el art. 219, mediante el D. Leg. 126.