

## Nuevamente, ¡no me defiendas, compadre! Sobre las tendencias decisionales de las Fiscalías Supremas en lo Penal en torno a la figura de la exclusión fiscal y cómo suponen de facto la derogación por inaplicación del artículo 62 del CPP



Luis Miguel REYNA ALFARO\*

*El pedido de exclusión del fiscal provincial, presentado al fiscal superior, es impugnabile, vía queja, ante la Fiscalía Suprema; sin embargo, este órgano invariablemente ha venido desestimando dichas exclusiones, incluso en casos de comprobadas actuaciones que revelan inconductas funcionales y falta de imparcialidad u objetividad por parte de los fiscales cuestionados, lo que supone en la práctica una derogación por inaplicación del artículo 62 del CPP de 2004.*

RESUMEN

### MARCO NORMATIVO:

- **CPP de 2004:** arts. IV del Título Preliminar, 53, 61, 62.

**PALABRAS CLAVE:** Exclusión Fiscal / Principio de Imparcialidad / Principio de Objetividad / Superior Jerárquico / Principio de Presunción de inocencia fiscal / Proceso disciplinario

**Fecha de envío:** 16/08/2017

**Fecha de aprobación:** 23/08/2017

### I. Introducción

§ 1. El interés por acceder a las decisiones fiscales supremas en materia de exclusión fiscal que se examinaron al elaborar este breve trabajo surgió a raíz de una experiencia personal, a partir del ejercicio de una defensa. En este caso, luego de reconocer una actuación fiscal plagada de situaciones irregulares<sup>1</sup> en

\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Doctorando en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Granada, España. Experto universitario de Criminología por la UNED, España. Abogado director de Caro & Asociados.

1 Que dieron lugar a que se planteasen al menos tres tutelas de derecho, todas ellas ganadas en vía judicial, sin contar la diversidad de pretensiones cautelares y limitativas de derechos que fueron descartadas. Es de advertir que la situación legal de nuestros patrocinados se definió a través de la Casación N° 581-2015, del 5 de octubre de 2016, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que declaró fundadas la Excepciones de Improcedencia de Acción formuladas en su favor [véase en <<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2f4190804fb081008cd0bd3c2e1079b4/CAS+581-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2f4190804fb081008cd0bd3c2e1079b4>>].

las que incluso una persona fue privada de su libertad con una insospechada atención mediática, en cierto momento la defensa técnica optó por recurrir a esta figura en la consideración de que era tal la notoriedad de la infracción a los deberes de imparcialidad y objetividad fiscal que la Fiscalía Suprema en lo Penal declararía fundado el recurso de queja planteado contra la decisión de la Fiscalía Superior Penal de Piura<sup>2</sup>.

La defensa legal ante la Fiscalía Suprema en lo Penal tenía como condición reconocer –a partir de la regla de que todo abogado litigante debe conocer [o tratar de conocer] la personalidad de quien decidirá su caso y, de ser posible, conocer cómo es que ha resuelto casos similares anteriormente<sup>3</sup>– que nuestro planteamiento era consistente con la práctica decisional de las fiscalías supremas en lo Penal. Mi especulación [de que la Fiscalía Suprema en lo Penal en tanto máxima instancia del órgano constitucionalmente diseñado para ser el **defensor de la legalidad**, reconocería lo que la Fiscalía Superior, plagada del sentido de hermandad y de la idea de espíritu de cuerpo, no reconoció] se enfrentó a una triste realidad: El Ministerio Público es un espacio en el que la **juridicidad** y la **sujección a la ley** parecen tener nula significación en lo que respecta al control crítico de sus decisiones.

§ 2. En efecto, al examinar la totalidad de las decisiones fiscales supremas en materia de exclusión fiscal, correspondientes al periodo 2012-2016 pude reconocer lo que al parecer constituye un dogma para el Ministerio

Público: **Los fiscales [provinciales penales] nunca [realmente nunca] se equivocan.**

Es que aunque el universo de decisiones fiscales que han resuelto impugnaciones sobre exclusión fiscal permite reconocer un número limitado –pero existente– de decisiones fiscales supremas que han declarado fundadas las impugnaciones formuladas contra las decisiones de las fiscalías superiores, lo cierto es que dicho escaso margen tiene un sentido unívoco: Consolidar la posición de los fiscales provinciales penales, evitando que sean apartados del conocimiento de los casos a su cargo<sup>4</sup>. Si observamos las cifras notaremos que la conclusión a la que podría arribarse es que la actuación fiscal en la investigación preparatoria es, a entender de la Fiscalía Suprema en lo penal, **infalible** pues ningún fiscal provincial penal ha sido apartado del conocimiento de algún caso [incluso a costa de cuestionar las decisiones de los Fiscales Superiores Penales].

Se plantea, además una dicotomía bastante singular: mientras los fiscales provinciales penales son **infalibles**, los fiscales superiores penales si tienen un margen de actuación errónea [margen que está inusitadamente vinculado a la calificación errónea de la regularidad de la actuación de los fiscales provinciales penales].

§ 3. A través de este breve estudio pretendemos poner en evidencia una serie de interpretaciones asimétricas provenientes del Ministerio Público que se caracterizan por una singular laxitud cuando se trata de sostener

2 Véase las disposiciones fiscales suprema del 8 de marzo de 2016 [Registro N° 08-2016, emitida por el fiscal supremo en lo penal Luis Arce Córdova] y superior del 3 de febrero de 2016 [Carpeta Fiscal N° 1487-2014, acumuladas, emitida por la fiscal superior penal de Piura Sofía Meza Milla].

3 Al respecto, REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Tratado integral de litigación estratégica*. Temis, Bogotá, 2015, p. 196 y ss.

4 Solo se han declarado fundadas las impugnaciones que han sido interpuestas por los Fiscales Provinciales Penales.

la posición del Fiscal Provincial Penal y que resultan restrictivas cuando se trata de analizar los planteos que sostienen la posición de la defensa de los investigados. A continuación algunos ejemplos.

Un primer ejemplo de este tipo de interpretaciones asimétricas es el correspondiente a la admisibilidad del recurso de queja ante la decisión fiscal superior que pese a no ser reconocido expresamente por el CPP ha sido incorporado pretorianamente en la práctica procedimental a raíz de una incidencia promovida por un fiscal provincial penal excluido del conocimiento de una investigación preparatoria<sup>5</sup>. En este caso, el fiscal supremo penal Pedro Chávarry Vallejos sostiene, a partir de una serie de consideraciones en torno al contenido del derecho a la pluralidad de instancias, que la decisión del fiscal superior penal en materia de exclusión resulta recurrible. A partir de dicha decisión fiscal se marca una línea decisional en favor de la admisibilidad del recurso de queja que solo se ha quebrado en la disposición fiscal del 17 de junio de 2014 [emitida por el fiscal supremo penal Tomás Gálvez Villegas] que, como es previsible, perjudica el derecho de acceso al recurso del investigado. El doble estándar se hace notorio.

Un segundo ejemplo está asociado a la aplicación del principio de presunción de inocencia en favor del fiscal provincial penal cuya exclusión se propone. En diversas disposiciones fiscales supremas se suele recurrir al principio de presunción de inocencia [del fiscal] para evitar examinar las

irregularidades en el ejercicio de la función fiscal atribuidas al fiscal provincial penal y que –en paralelo– se encuentran comprendidas en alguna clase de procedimiento disciplinario. Si la defensa sostiene que las irregularidades atribuidas al fiscal provincial penal son parte de una investigación o procedimiento de índole disciplinario, la decisión fiscal evitará examinar el mérito de dichas alegaciones pues –en el razonamiento de las Fiscalías Supremas en lo Penal– ello implicaría un adelantamiento de opinión que perjudicaría la posición de inocencia del fiscal a quien se le atribuye un ilícito administrativo<sup>6</sup>.

Finalmente, existe una serie de casos en los que decisiones fiscales supremas han superado la existencia de irregularidades en el ejercicio de la función fiscal por parte del fiscal provincial penal constatadas judicialmente –a través de la declaración de procedencia de peticiones de tutela de derechos o incluso a través de fallos en acciones de garantía (hábeas corpus)– en la inexistencia de un mandato expreso del órgano jurisdiccional en favor del alejamiento del fiscal provincial penal. En ese sentido, en tanto el órgano jurisdiccional que declaró fundada una acción de hábeas corpus<sup>7</sup> o una petición de tutela de derechos en favor del investigado<sup>8</sup> que solicita la exclusión, no haya formulado una declaración expresa que implique el apartamiento del caso por parte del fiscal provincial penal, la Fiscalía Suprema en lo Penal entenderá que no existe motivo para que el Ministerio Público así lo disponga.

5 Disposición del 26 de setiembre de 2012 emitida en el caso N° 101-2004.

6 Disposición fiscal del 8 de marzo de 2016 de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal.

7 Disposición fiscal del 11 de diciembre de 2015 de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal.

8 Disposición fiscal del 16 de junio de 2014 de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal.

§ 4. Estas soluciones responden a una, ya advertida<sup>9</sup>, tendencia hacia la funcionalización de la interpretación de los conceptos penales y procesal-penales orientada a salvaguardar o facilitar los fines persecutorios que, se asume, corresponden al Ministerio Público.

Antes de extender la partida de defunción de la figura de la exclusión fiscal [con las consecuencias forenses que aquello implica]<sup>10</sup>, propongo una interpretación alternativa del artículo 62 del CPP que se sustente en su comprensión como mecanismo de protección, de corte preventivo, del imputado [no del fiscal] frente a una posible actuación fiscal arbitraria.

## II. La regulación de la exclusión en el CPP

### 1. Cuestiones generales

§ 5. La exclusión fiscal se encuentra regulada en el artículo 62 del CPP que expresamente señala:

#### “Artículo 62- Exclusión del fiscal

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio Público, el superior jerárquico de un fiscal, de oficio o a instancia del afectado, podrá reemplazarlo cuando no cumple adecuadamente sus funciones o incurre en irregularidades. También podrá

hacerlo, previa las indagaciones que considere convenientes, cuando esté incurso en las causales de recusación establecidas respecto de los jueces.

2. El juez está obligado a admitir la intervención del nuevo fiscal designado por el superior”.

Tal como se aprecia, el CPP reconoce la posibilidad de exclusión del fiscal a cargo de una investigación preparatoria cuando existen circunstancias que revelen **la probabilidad** [no la certeza] de falta de imparcialidad o de falta de objetividad en su actuación fiscal. Estas circunstancias son: (i) **incumplimiento adecuado de sus funciones**, (ii) **irregularidades en el ejercicio de su función**, o, (iii) **las comprendidas en el artículo 53 del CPP** que aluden a factores que afectan la imparcialidad del fiscal.

### 2. Sobre la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función fiscal

§ 6. Para valorar la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función fiscal deben someterse a consideración las funciones, atribuciones y obligaciones propias de la función fiscal, expresamente previstas en los artículos IV, del Título Preliminar, y 61 del CPP:

#### “Artículo IV. Titular de la acción penal

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga

9 Sobre esta cuestión, respecto a la interpretación de las normas en materia de levantamiento del secreto bancario, véase: REYNA ALFARO, Luis. “¡No me defiendas compadre; Reflexiones críticas en torno a la dicotomía existente entre el rol del fiscal como defensor de la legalidad y la creciente funcionalización de las reglas procedimentales en el ejercicio de la función fiscal (i) El caso del levantamiento del secreto bancario”. En: *Actualidad Penal*. N° 23, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 232 y ss.

10 Negada la vía del control del fiscal por parte del propio Ministerio Público deberían reconocerse fórmulas alternativas para obtener la tutela negada por el Ministerio Público. En ese sentido, deberían reconocerse, en sede judicial, una cobertura más amplia a la tutela de derechos y el hábeas corpus que constituyan medios directos de exclusión fiscal [a falta de tutela efectiva por parte del propio Ministerio Público]. Sobre esto abundaré en líneas posteriores.

de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.

2. **El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad**, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.
3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición.
4. El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones debe tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la Policía Nacional de conformidad con sus leyes y reglamentos”.

**“Artículo 61. Atribuciones y obligaciones.**

1. **El fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley**, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación.
2. Conduce la Investigación Preparatoria. **Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir**

**Comentario relevante del autor**



**Si observamos las cifras notaremos que la conclusión a la que podría arribarse, es que la actuación fiscal en la investigación preparatoria es, a entender de la Fiscalía Suprema en lo penal, infalible pues ningún fiscal provincial penal ha sido apartado del conocimiento de algún caso.**

**o atenuar la responsabilidad del imputado.** Solicitará al juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo.

3. Interviene permanentemente en todo el desarrollo del proceso. Tiene legitimación para interponer los recursos y medios de impugnación que la Ley establece.
4. **Está obligado a apartarse del conocimiento de una investigación o proceso cuando esté incurso en las causales de inhibición establecidas en el artículo 53”.**

De lo expuesto se puede reconocer que el fiscal tiene como funciones dirigir la investigación del delito con objetividad e independencia de criterio (**principio de objetividad de la función fiscal**) dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley [las directivas e instrucciones emitidas por la Fiscalía de la Nación deben tener, por tanto, un rol supletorio ni ser incongruentes con los planteos constitucionales y legales] y de manera imparcial (**principio de imparcialidad**, exigido a los jueces –causal de recusación del artículo 53 del CPP– y que por mandato del artículo 61.4 del CPP también

resulta exigible a los fiscales) de forma tal que le resulta exigible que sus indagaciones se orienten también a la averiguación de las circunstancias que permitan eximir o atenuar la responsabilidad del investigado.

§ 7. Nótese cómo es que hemos hecho referencia en el apartado anterior a la imparcialidad fiscal –además de la objetividad– como atributo de la función fiscal, lo que nos obliga a introducirnos al espinoso debate en torno a la exigibilidad de la actuación imparcial en el contexto del desarrollo de la actividad fiscal. En nuestra opinión, la respuesta a esta cuestión dependerá de la oportunidad procesal en que intervenga el fiscal.

Durante la investigación del delito –antes de la acusación fiscal– el fiscal deberá actuar imparcialmente, pues solo así podrá otorgar al investigado un trato de inocente, sobre todo en la identificación del itinerario probatorio que seguirá. Es precisamente en virtud de dicho principio que el CPP impone la obligación del fiscal de investigar **lo desfavorable y lo favorable** a los intereses de los sujetos procesales y esa circunstancia es la que determina también que se imponga el deber de *disclosure* o revelación de información, evidencia o pruebas a favor de la defensa. Solo a través del principio de imparcialidad en sede fiscal se garantiza una investigación del delito libre de prejuicios o prejuizamientos [es decir, una investigación fiscal orientada a corroborar la tesis inculpativa inicial].

Y esto, en mi opinión, no es una cuestión de mera semántica. La idea de la objetividad resulta insuficiente durante la fase de investigación del delito en la medida en que habilita que las estrategias de persecución del

delito diseñadas por el Ministerio Público se construyan a partir del presupuesto de la existencia de un delito y la responsabilidad del investigado. Este tipo de diseños estratégicos se fortalecen en contextos en los que la estadística y las cifras (número de acusaciones o de condenas judiciales alcanzadas) son el dato revelador de la eficiencia de un fiscal [en virtud de lo cual es mejor fiscal quien más acusaciones / condenas tiene en su haber].

La introducción de la imparcialidad en el ejercicio de la función fiscal será además importante en el análisis de la evidencia que llevará al fiscal a la convicción de que existen fundamentos para presentar acusación contra el investigado. La lógica de la imparcialidad se manifiesta con claridad en el análisis de la prueba indiciaria, con especial referencia a los denominados **indicios contingentes**<sup>11</sup> en los que, precisamente, el carácter no unívoco del indicio deja un significativo margen de actuación al operador fiscal.

De hecho, el Tribunal Constitucional parece reconocer dicha distinción entre objetividad e imparcialidad en la STC recaída en el Expediente N° 00156-2012-HC/TC en la que se hace referencia expresa a la imparcialidad como elemento propio de la actividad fiscal:

“52. (...) Este derecho también subyace en la etapa de investigación: derecho a ser investigado por un órgano independiente e imparcial. En tal sentido, el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que el ‘**Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad**’ y su artículo 61.1 dispone que el ‘**fiscal actúa en el proceso penal [que comprende la etapa**

11 Sobre los mismos, consultar: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *La defensa del imputado. Perspectivas garantistas*. Jurista, Lima, 2015, p. 152 y ss.



de investigación preparatoria] con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo.

(...) La imparcialidad puede verse afectada con las declaraciones del fiscal, del juez o de los integrantes del tribunal fuera de la investigación o del proceso que se encuentren tramitando, respectivamente. Si bien son titulares del derecho a la libertad de expresión, cuando efectúan declaraciones relacionadas con el ejercicio de las funciones que ejercen, deben actuar con neutralidad y prudencia, no pueden evidenciar o proyectar prejuicios o juicios de valor sobre el investigado en el caso del fiscal o sobre el imputado o alguna de las partes en el caso del juez o de los integrantes del tribunal, ni tampoco convicciones personales sobre lo investigado o sobre el objeto de juzgamiento, ya que ello afectaría su imparcialidad. El fiscal, el juez o los integrantes del tribunal al efectuar declaraciones **deben actuar con una diligencia aun mayor a la empleada por los particulares u otros funcionarios públicos, en aras de evitar situaciones que puedan comprometer y menguar su imparcialidad en la investigación o en el proceso que se encuentren tramitando.** Por esta razón, en el artículo 324.1 del Código Procesal Penal se enfatiza que la investigación preparatoria ‘tiene carácter reservado’.

§ 8. La exigencia fundamental de que los fiscales desarrollen sus actividades de manera objetiva e imparcial no solo encuentra asidero legal dentro de nuestra normativa interna, sino también en la normativa internacional, en la que se reconoce que dichos principios forman parte de las obligaciones del fiscal. En efecto, en el artículo 13 de las **Directrices sobre la función de los fiscales**, aprobadas con ocasión del **Octavo Congreso de NN.UU sobre Prevención del**

**Delito y Tratamiento del Delincuente**, se puede apreciar lo siguiente:

**“13. En cumplimiento de sus obligaciones, los fiscales:**

- a) **Desempeñarán sus funciones de manera imparcial** y evitarán todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole;
- b) Protegerán el interés público, **actuarán con objetividad**, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima, y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, prescindiendo de que sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso;
- c) Mantendrán el carácter confidencial de los materiales que obren en su poder, salvo que requiera otra cosa el cumplimiento de su deber o las necesidades de la justicia;
- d) Considerarán las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurarán que se informe a las víctimas de sus derechos con arreglo a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder”.

### **3. El sentido político criminal de la exclusión fiscal. Naturaleza jurídica de la exclusión fiscal**

§ 9. La interpretación en materia procesal penal no puede sostenerse exclusivamente en el sentido literal de la ley, pues ello podría llevar a resultados inconsistentes con lógicas consustanciales al modelo procesal adoptado y al modelo de justicia penal al que el primero responde. De allí que deba reconocerse la

## Comentario relevante del autor



**Durante la investigación del delito –antes de la acusación fiscal– el fiscal deberá actuar imparcialmente, pues solo podrá otorgar al investigado un trato de inocente, sobre todo en la identificación del itinerario probatorio que seguirá.**

posibilidad de introducir variables externas, de corte político criminal pero con anclaje constitucional, que permitan modular la aplicación de ciertas instituciones procesales<sup>12</sup>.

Dicho esto, una de las primeras cuestiones a reconocer es la más que notoria relación analógica existente entre la recusación y la exclusión fiscal como mecanismos procesales orientados a garantizar el derecho de la persona a ser juzgado e investigado imparcialmente [de hecho, la parte final del artículo 62 del CPP relaciona directamente la exclusión fiscal con la recusación judicial]<sup>13</sup>. Esta circunstancia permite reconocer el hilo conductor de la línea argumentativa que propendremos respecto al modo en que debe interpretarse el artículo 62 del CPP y que se

reconocerá en la exégesis que realizaremos del mencionado dispositivo legal.

§ 10. La línea argumentativa anunciada tiene como base el previo reconocimiento de su condición de **instrumento procesal** de control fiscal interno, de carácter fragmentario, orientado a garantizar la imparcialidad de la actuación fiscal durante la investigación preparatoria. Esta descripción requiere ciertas complementaciones.

Podemos sostener que un medio de control fiscal interno en la medida en que es desarrollado por los propios funcionarios fiscales [el superior jerárquico del fiscal cuestionado] que se activa, no solo a petición de parte sino también de forma oficiosa. Este procedimiento de control resulta plenamente compatible con los procedimientos de control fiscal a cargo de las fiscalías de control interno en la medida que se tratan de procedimientos con distinto fundamento y finalidad. Esta última apreciación permite rechazar la lógica –recurrente en la doctrina del Ministerio Público– de que las decisiones del superior en materia de exclusión afectan la **presunción del fiscal cuya exclusión se pretende** [en los casos en que existe en paralelo instaurada una investigación disciplinaria en control interno].

No debe sorprender ni ser objeto de cuestión la idea de la simultaneidad de controles en el ejercicio de la función fiscal pues, de

12 Sobre esos criterios de modulación, véase REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Proceso penal y Constitución. Reflexiones en torno a la trascendencia del principio de Estado de Derecho en el Derecho procesal penal”. En: Vidaurri Aréchiga, Manuel/ Cuarezma Terán, Sergio/ Rendón Huerta Barrera, Teresita de Jesús (directores). *Panorama jurídico iberoamericano. Temas constitucionales*. Tirant lo Blanch México, México, 2015, p. 467 y ss.; EL MISMO. *La defensa del imputado. Perspectivas garantistas*, p. 17 y ss. Estos criterios, de carácter esencialmente constitucional, resulta incompatibles con pretensiones punitivistas que recurren a ciertas herramientas procedimentales [como la prisión preventiva] para proyectar (falsos) mensajes de eficiencia y seguridad.

13 Corresponde reconocer que, además del derecho a ser investigado o juzgado imparcialmente, se protege alternativamente el derecho a la tutela procesal de la víctima del delito que, en caso de intervenir un fiscal o juez parcializado en favor del investigado, vería afectado su derecho a la protección procesal.



hecho, existen una serie de controles externos paralelos [como los ejercidos por el Juez de Investigación Preparatoria y por el Juez Constitucional] que pueden coexistir con el control interno.

Su operatividad, en el caso de la exclusión del fiscal provincial penal, se circunscribe al ámbito de la investigación preparatoria, por tanto debería ser excluida en aquellos casos en los que el fiscal ha dispuesto ya la conclusión de la investigación preparatoria. Culminada la investigación preparatoria corresponde la emisión del requerimiento fiscal, frente al cual el medio idóneo de control resultará el judicial [control formal y sustancial del requerimiento fiscal]. En el caso del fiscal superior penal esa limitación temporal no sería aplicable.

#### 4. Los supuestos de exclusión fiscal previstos en el artículo 62 del CPP

Conforme se desprende de la literalidad del dispositivo *sub examine*, la exclusión fiscal es procedente, de forma facultativa, cuando se dan cualquiera de los tres supuestos: a) el fiscal **no cumple adecuadamente sus funciones**; b) el fiscal **incurre en irregularidades**; y, c) si el fiscal **está incurso en las causales de recusación establecidas respecto de los jueces**.

##### a) Primer supuesto: el fiscal no ha cumplido adecuadamente de funciones

§ 11. La procedencia de la exclusión fiscal en estos supuestos se encuentra condicionada a la verificación del **no cumplimiento adecuado de las funciones fiscales**. Nótese que este supuesto se encuentra construido a partir de un elemento normativo de valoración global constituido por la expresión [cumplimiento] “adecuado” de las funciones fiscales que, por su propia naturaleza, resulta de intrincada interpretación y aplicación.

En favor de una interpretación adecuada de este supuesto de exclusión fiscal corresponde primero reconocer la [aparente] relación existente entre este supuesto de exclusión fiscal y aquel consistente en el hecho de “haber incurrido en irregularidad”. Un fiscal “incurrir en irregularidad” cuando respecto a este ha sido posible la verificación de la infracción de alguna norma legal de carácter imperativo [sobre esto redundaremos en líneas posteriores]. El “no cumplimiento adecuado de funciones”, por el contrario, no supone necesariamente la infracción de alguna clase de disposición legal por parte del fiscal, se refiere más bien a la actuación del fiscal que impacta negativamente en el estado de inocencia del investigado o la tutela procesal de la víctima del delito [y, en general, en cualquiera de los derechos procesales de los sujetos procesales] y que carece de alguna clase de justificación razonable en función de las circunstancias concretas de cada caso.

Para la aplicación de este supuesto de exclusión fiscal, el fiscal superior jerárquico [de aquel cuya exclusión se pretende] debe tomar en consideración una serie de datos que le permitan inferir que el caso fiscal no viene siendo gestionado adecuadamente. En ese contexto, cuestiones como la existencia de dilaciones no justificadas, la proliferación de peticiones coactivas rechazadas judicialmente, la filtración persistente de información hacia los medios de prensa, la aparición pública del fiscal haciendo referencia al caso, por citar algunos supuestos, pueden ser elementos que pueden servir para reconocer la necesidad del alejamiento de un fiscal de un caso en específico.

##### b) Segundo supuesto: el fiscal incurre en irregularidad

§ 12. Otro de los supuestos comprendidos en el artículo 62 del CPP es cuando el fiscal “incurrir en irregularidades”. La utilización por parte del legislador de la expresión

“irregularidades” resulta también problemática dada su ambigüedad y falta de precisión del legislador.

Y es que aunque el sentido literal posible de dicho término podría servir para calificar como tal a cualquier comportamiento irregular o poco frecuente [tercera y cuarta acepción de la expresión conforme al *Diccionario de la Real Academia Española*] de parte del fiscal, es posible proponer una interpretación que, sin alejarse del sentido literal posible de la expresión, sea más certera, precisa y, por tanto, más segura jurídicamente hablando. La primera y segunda acepción de la expresión “irregular” [conforme al mencionado] califican como tal aquello “que está fuera de regla” o que es “contrario a una regla”. Desde esa perspectiva, la aplicación de la exclusión fiscal correspondería cuando el fiscal ha incurrido en infracción a las disposiciones legales que rigen el proceso penal.

**§ 13.** La referencia a la infracción de las disposiciones legales que regulan el proceso penal permite superar la práctica, incorrecta desde nuestra perspectiva, de vincular la procedencia de la exclusión fiscal con la infracción de las normas que regulan la actuación de los funcionarios fiscales. Aunque la infracción de las normas regulatorias del proceso penal podría acarrear colateralmente responsabilidad disciplinaria en el fiscal, el impacto [o efecto] que realmente justifica el apartamiento de un fiscal del conocimiento de un caso recae sobre la dinámica del equilibrio de fuerzas propio de un proceso penal en igualdad de armas.

La interpretación que aquí propongo tendría dos impactos positivos en la práctica fiscal. El primero, se evitaría utilizar al argumento poco fundado, incluso aparente [en términos de motivación, conforme profundizaremos en breve] y riesgoso en términos de funcionamiento del sistema procesal de protección de los derechos del ciudadano [y la

exclusión fiscal forma parte del mismo, sin ninguna duda], de que el pronunciamiento en favor de la exclusión del fiscal implicaría un adelantamiento de posición respecto al procedimiento de control interno. El segundo, promovería una gestión responsable del caso fiscal, en la medida que impulsaría a que el Fiscal formule sus requerimientos y emita sus disposiciones de forma meditada y responsable y sin la creencia de que se encuentra “protegido” [por la presunción de inocencia] por la acción disciplinaria iniciada en su contra.

**§ 14.** Sobre esta última cuestión podría sostenerse que la alusión a que el fiscal pueda sentirse “protegido” por el inicio de la acción disciplinaria seguida en su contra es subjetiva y, por ende, científicamente discutible. Frente a esta posible alegación deben reconocerse dos datos objetivos: i) gran parte de las decisiones fiscales examinadas recurren a la garantía de la presunción de inocencia del fiscal cuestionado como justificación para eludir el examen de la “regularidad” de la actuación fiscal [ello incluso en casos en los que aquella condición –actuación regular del fiscal– es discutible *ex ante* y sin mayor examen de autos]; ii) esta “crionización” de la exclusión fiscal [cuyos argumentos o fundamentos quedan “congelados” en el tiempo hasta que el órgano de control del Ministerio Público se pronuncie respecto a la queja funcional o la denuncia] supone, de facto, la muerte de la pretensión de exclusión del fiscal pues los plazos reales [no los formales] de duración del procedimiento administrativo sancionador contra el fiscal cuya exclusión se pretenden son siempre mayores que los de la investigación preparatoria.

Proponemos aquí, además una cuestión significativa en la medida en que afecta el razonabilidad de la línea decisional que aquí objetamos. Se recurre a la presunción de inocencia [administrativa/ penal] del fiscal para

evitar entrar al análisis del fondo de la controversia pero **se omite examinar porque dicho derecho sería de mayor valía** que la garantía de presunción de inocencia del investigado [que podría ser afectado por la actuación no imparcial del fiscal] o de tutela procesal efectiva y de protección del que goza la víctima del delito. Las decisiones fiscales supremas contenidas en este texto nada dicen sobre el porqué de la solución a esta especie de **estado de necesidad**, ni porqué el mismo es solucionado en favor del fiscal, ni porqué ello es así en un contexto en el que se reconoce un desequilibrio natural de fuerzas en favor del Ministerio Público. La ausencia de todas interrogantes en la argumentación jurídica de las fiscalías supremas supone, como es muy sencillo advertir, una clara infracción a la obligación de motivación de las decisiones fiscales [motivación aparente, pura y dura].

**c) Tercer supuesto: la exclusión del fiscal por incurrir en supuestos de recusación judicial. El reconocimiento de la apariencia como factor trascendente en el análisis de la exclusión fiscal**

§ 15. Precisamente partiendo de la lógica de la necesaria objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la función fiscal, el artículo 62 del CPP establece –mediante la remisión al artículo 53 del CPP– que las causales de recusación judicial resultan, al mismo tiempo, circunstancias que justifican la exclusión fiscal. En esa línea, el artículo 53 del CPP establece como causales que justifican que un juez o fiscal se aparten del conocimiento de un caso las siguientes:

“a) Cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los

### Comentario relevante del autor



**La lógica de la imparcialidad se manifiesta con claridad en el análisis de la prueba indiciaria, con especial referencia a los denominados indicios contingentes en los que, precisamente, el carácter no unívoco del indicio deja un significativo margen de actuación al operador fiscal.**

demás sujetos procesales. En el caso del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriven, subsistirá esta causal incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio. De igual manera se tratará, en lo pertinente, cuando se produce una ruptura definitiva del vínculo convivencial.

- b) Cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima, o contra sus representantes.
- c) Cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil.
- d) Cuando hubieren intervenido anteriormente como juez o fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima.
- e) Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad”.

A las circunstancias de interés directo o indirecto en el proceso, la amistad notoria, la enemistad manifiesta, el compadrazgo, la existencia de relaciones económicas,

## Comentario relevante del autor



**Se recurre a la presunción de inocencia del fiscal para evitar entrar al análisis del fondo de la controversia pero se omite examinar por qué dicho derecho sería de mayor valía que la garantía de presunción de inocencia del investigado o de tutela procesal efectiva y de protección del que goza la víctima del delito.**

intervención previa en el caso desde una posición divergente, identificadas en los literales a) al d) del artículo 53 del CPP, se agrega la causal abierta [“cualquier otra causa”] prevista en el literal e) del mencionado dispositivo legal.

Aunque no pretendemos ingresar al análisis profundo y pormenorizado de cada uno de estos supuestos, sí queremos enfatizar en que muchas de estas causales tienen una alta carga subjetiva que permiten reconocer a la **apariencia** trascendencia jurídica a nivel del análisis de la imparcialidad judicial y fiscal. Ya en anterior ocasión hemos destacado los desarrollos del TEDH en el caso Piersack contra Bélgica [demanda 8692/1979] y en el caso de Cubber contra Bélgica [demanda 9186/1986, sentencia del 26 de octubre de 1984]<sup>14</sup>. En el caso Piersack contra Bélgica, el TEDH sostuvo que “en esta materia incluso las apariencias pueden revestir cierta importancia”, agregando “justice

must not only be done: it must also be seen to be done” [“la justicia no solo debe ser hecha: debe además ser vista como hecha”]. Esta posición ha sido reproducida por la CIDH en el caso *Herrera contra Costa Rica* [párrafo 170].

Urge, en nuestra opinión, que se introduzca esta variable en los análisis que realizan los despachos fiscales que evalúan la procedencia o improcedencia de una exclusión fiscal. De esa forma se proporciona un trato similar al que corresponde a los casos en los que el fiscal se aparta del caso *motu proprio* [por ejemplo, en los casos, bastante conocidos, de los fiscales que se han apartado del conocimiento de casos instaurados contra rectores de diversas universidades por haber ejercido la docencia en estas] y en los que la razón esencial de la inhibición fiscal es más bien la necesidad de preservar la apariencia de una investigación transparente<sup>15</sup>.

### **5. Sobre la posibilidad de realizar “indagaciones previas” al pronunciamiento sobre la exclusión fiscal. El rol o posición del fiscal cuestionado en el procedimiento de exclusión fiscal**

§ 16. La exclusión fiscal es un procedimiento que permite la realización de indagaciones previas destinadas a reconocer la certeza de los hechos que sostienen la petición de alejamiento del fiscal del caso.

Aunque dicha posibilidad podría, a partir de la forma en que se encuentra redactada la parte final del artículo 62 del CPP, entenderse como limitada a los casos en los que corresponda verificar si el fiscal se

14 REYNAALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, pp. 210-214.

15 No obstante, cuando dicha causa ha sido invocada en el contexto de la exclusión fiscal, no ha tenido la misma capacidad de rendimiento conforme puede confrontarse de la disposición fiscal suprema del 18 de octubre de 2013 de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal [Reg. N° 037-2013].

encuentra “incurso en las causales de recusación establecidas respecto de los jueces”; sin embargo, la propia regulación de la exclusión en los dos primeros supuestos [no cumplimiento adecuado de funciones y actuación fiscal irregular] tiene en ciertos casos, como efecto reflejo, la necesidad de verificación, al menos en un nivel de probabilidad, de los fundamentos de hecho que sustentan la petición.

La apertura de una fase de indagaciones previas es reconocida ampliamente en la praxis decisonal de las fiscalías supremas en la medida en que se aprecia la adopción de ciertas reglas procedimentales; así, por ejemplo, el fiscal que resuelve la exclusión cuenta con las piezas procesales necesarias que le permitan reconocer si hubo una actuación fiscal adecuada o regular y debe contar con el informe [de descargos] del fiscal cuya posible exclusión se examina.

§ 17. Ahora, este procedimiento no debe ralentizar ni demorar excesivamente la decisión fiscal de la exclusión fiscal. En ese contexto, el informe del fiscal cuya exclusión es solicitada no debe ser comprendido como una condición necesaria [capaz de obstaculizar la conclusión de la incidencia de exclusión fiscal] destinada a preservar el derecho de defensa del fiscal cuestionado, sino como un medio destinado a reconocer las razones que explican el porqué del sentido de la actuación funcional del fiscal. El procedimiento de exclusión fiscal tiene naturaleza bilateral que comprende solo al recurrente y al fiscal que resolverá el pedido. El rol del fiscal cuya exclusión se pretende es el de mero colaborador o auxiliar del fiscal que resolverá el pedido, procurando alcanzarle los elementos necesarios para que examine la cuestión sub examen. Considerar lo contrario [que el fiscal cuya exclusión se pretende tiene legítimo interés en defender su prestigio, su honra, su

idoneidad profesional] sería dotar a la exclusión fiscal de una naturaleza jurídica que no le asiste y significaría entrar en contradicción con ciertas lógicas propias de esta institución [como la de la trascendencia de la apariencia de actuación fiscal imparcial]. Reconocer en favor del fiscal cuestionado derecho a defenderse de los cuestionamientos o que se presuma su inocencia en el procedimiento de exclusión significaría reconocer que tiene interés en el resultado del incidente, afectando con ello la posición de imparcialidad que le corresponde.

§ 18. La necesidad de realizar actos de indagación previa debe encontrarse limitada a los casos en los que el supuesto de hecho invocado por el recurrente pueda tener alguna clase de significación sobre la imparcialidad del fiscal cuestionado. Si el recurrente plantea cuestionamientos ambiguos, poco concretos o que carecen notoriamente de idoneidad para afectar la posición del fiscal en el caso, la realización de indagaciones previas resultará innecesaria correspondiendo, dependiendo del caso, que se declare inadmisibile [por oscuridad de la pretensión y su fundamento] o declare improcedente liminarmente [en supuestos de notoria inidoneidad del cuestionamiento invocado por el recurrente].

### III. Cuestiones y reflexiones finales: La prueba de la “actuación no adecuada” o de la “irregularidad”. El estándar probatorio de la causal de exclusión fiscal

§ 19. Quisiera concluir estas breves reflexiones haciendo referencia a las exigencias de acreditación de la actuación no adecuada o de la irregularidad que se atribuye al fiscal cuestionado que se derivan de la línea decisonal que mantienen las fiscalías supremas en lo penal de nuestro país y parecen proponer un

**estándar**, el de **certeza**<sup>16</sup>, no solo incompatible con el sentido político criminal de la institución de la exclusión fiscal sino que supone, como anticipo en el título de esta presentación, la derogación por inaplicación del artículo 62 del CPP.

Es que de las decisiones contenidas en este tomo parece reconocerse tres grupos de casos: i) aquellos en los que la actuación fiscal ha sido, en mayor o menor medida, descalificada por los órganos jurisdiccionales [por ejemplo, declarando fundada una acción de garantía o declarando fundada peticiones de tutela de derechos] a través de sentencia con calidad de cosa juzgada; ii) aquellos en los que la actuación fiscal viene siendo cuestionada a través de los mecanismos de control interno del Ministerio Público; y, iii) aquellos en los que los cuestionamientos no han sido calificados aún. Para efectos ilustrativos de la forma en que desde el Ministerio Público se interpreta el artículo 62 del CPP me enfocaré en el primer grupo de casos.

§ 20. En este grupo de casos, caracterizados por la existencia de una decisión judicial firme que determina una incorrecta aplicación de la ley, los pronunciamientos fiscales se han decantado por sostener que dicha circunstancia no acredita la necesidad de apartar a un fiscal del conocimiento de un caso pues no existe una indicación directa en dichos términos [es decir, la decisión judicial no dispone la exclusión del fiscal en cuestión]. Esta línea de razonamiento, llevada a sus últimas consecuencias, supondría reconocer que solo es posible la exclusión fiscal si se

cuenta con una clase de medio de prueba: Una decisión judicial firme que ordene que el fiscal se aparte del conocimiento del caso [que sería una especie de prueba tasada pues tendría un valor trascendente predeterminado<sup>17</sup>. Este razonamiento tendría además como consecuencia ignorar el antes descrito efecto que la apariencia tiene sobre la imparcialidad fiscal y constituye una muestra clara de una posición institucional [la del Ministerio Público] que enfrenta el postulado formulado por el TC, aplicable *mutatis mutandi*, en torno a reconocer que la obstrucción o limitación excesiva al acceso a la recusación de los jueces [STC Exp. N° 010-2002AI/TC, fundamento 112]<sup>18</sup>.

§ 21. Sin embargo, el conocimiento de la posición asumida por el Ministerio Público en torno a los alcances del artículo 62 del CPP permite reconocer la necesidad de reconducir el control de la actuación fiscal hacia otras vías de solución. Me refiero concretamente al control constitucional –vía acción de amparo o hábeas corpus– o a través del control judicial correspondiente a la tutela de derechos.

En este último caso, los jueces de investigación preparatoria, a partir del reconocimiento de la inidoneidad de la exclusión fiscal del artículo 62 del CPP como mecanismo de protección del derecho de ser investigado por un fiscal imparcial o de una tutela procesal efectiva de la víctima del delito, según corresponda, deben asumir el rol que el Ministerio Público parece no querer asumir y que encontraría su explicación en incorrectas

16 Así expresamente se señala en la disposición fiscal del 3 de febrero de 2016 emitida por la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Piura antes referida.

17 Lo que, paradójicamente, haría innecesaria la exclusión fiscal porque el alejamiento efectivo del fiscal del caso derivaría de la ejecución de la sentencia judicial.

18 REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., p. 211.



percepciones cercanas a la idea del espíritu de cuerpo propio de instituciones castrenses.



## Bibliografía

- REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Tratado integral de litigación estratégica*. Temis, Bogotá, 2015.
- REYNA ALFARO, Luis. “¿No me defiendas compadre! Reflexiones críticas en torno a la dicotomía existente entre el rol del fiscal como defensor de la legalidad y la creciente funcionalización de las reglas procedimentales en el ejercicio de la función fiscal (i) El caso del levantamiento del secreto bancario”. En: *Actualidad Penal*. N° 23, Instituto Pacífico, Lima, 2016.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. *La defensa del imputado. Perspectivas garantistas*, Jurista, Lima, 2015.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Proceso penal y Constitución. Reflexiones en torno a la trascendencia del principio de Estado de Derecho en el Derecho Procesal Penal”. En: Vidaurri Aréchiga, Manuel / Cuarezma Terán, Sergio / Rendón Huerta Barrera, Teresita de Jesús (directores). *Panorama jurídico iberoamericano. Temas constitucionales*. Tirant lo Blanch México, México, 2015.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Instituto Pacífico, Lima, 2015.