

La responsabilidad penal del Ministerio Público

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El delito de abuso de autoridad. 3. El Ministerio Público y la formalización de denuncia. 4. Conclusiones.

Arturo del Pozo
Cárdenas

Abogado

1. Introducción

Apenas empecé la lectura del artículo del Dr. Pedro Angulo Arana denominado "Investigación Preliminar Fiscal y Tipicidad Penal", publicada en la Revista Institucional N° 7 de la Academia de la Magistratura, se me vino a la mente el título que hoy utilizo para este comentario, mi artículo se centra en el delito de abuso de autoridad que pueden llegar a cometer los fiscales al momento de formalizar indebida e irregularmente una denuncia.

Precisamente para entender la magnitud de esta responsabilidad de la cual está investida el Ministerio Público, es que escribo este comentario, porque las consecuencias de una formalización de la denuncia con las características anteriormente mencionadas, pueden marcar el inicio de un proceso judicial y ocasionar, muchas veces, que se afecte el honor y dignidad de la persona denunciada e incluso llevar a la pérdida de su libertad. Recordemos que el Art.11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público así como el Art. 60.1 del Nuevo Código Procesal Penal, han conferido a los magistrados del Ministerio Público la titularidad de la acción penal pública, es lógico suponer que esta potestad debe ser ejercida teniendo en cuenta la Constitución Política, los dispositivos legales y los principios que sustentan el Derecho Penal Peruano.

La incorrecta, indebida e irregular formalización de la denuncia pone en riesgo potencial la dignidad y la libertad de las personas, que son dos de los principales principios protegidos por mandato constitucional que sirven de sustento al

Estado Constitucional, el cual como sabemos, se fundamenta en una norma jurídica que no se limita en regular las funciones de los poderes del Estado y sus relaciones, sino que protege y ampara los derechos esenciales del hombre, planteamiento que constituye un resurgimiento de las corrientes iusnaturalistas del pacto social que preconizaban la necesidad de la existencia de un derecho más elevado que el ordinario, para que de este modo se asegure la libertad de las personas.

Precisamente, la evolución histórica de la Constitución nos ha llevado a la llamada Constitución Moderna, y al estudio de sus características esenciales: en principio es una norma formal y tiene un contenido material. Recogiendo lo que señala el Dr. Manuel ARAGÓN REYES:¹ *"Una Constitución desde el punto de vista formal se tratará de una "norma fundamental", escrita y rígida; una "superley", situada por encima del derecho ordinario, y desde el punto de vista material, será una norma que habrá de tener un determinado contenido: la garantía de los derechos y el establecimiento de la división de poderes"*. Añadida a esta definición, es importante resaltar la opinión del Dr. Manuel ARAGÓN REYES, cuando profundiza respecto al aspecto material de la Constitución, agregando que el único fin de la Constitución es la libertad, y que la división de poderes más allá de un control entre poderes del Estado, lo es para que uno impida el abuso del otro contra la persona humana y por sobre todo respete su libertad.

De tal modo que queda claro que la Constitución debe garantizar el respeto a la dignidad de la persona y su consiguiente libertad, así como sus derechos fundamentales, para que de este modo se establezca un límite al poder del Estado y sus gobernantes. Para perfeccionar el marco conceptual de Constitución, considero importante citar lo señalado acertadamente por el Dr. Manuel ARAGÓN REYES, cuando dice: *"[...] la Constitución no es otra cosa que la juridicación de la democracia"*.²

En este contexto, y a fin de pasar a desarrollar en las líneas siguientes el tema de la importancia de la formalización de la denuncia por parte del Ministerio Público, debo fijar como conclusión de lo expuesto, que el respeto y el cumplimiento estricto de la Constitución no solo es una obligación de los ciudadanos, sino también de las autoridades y funcionarios públicos sin ningún tipo de distinción. La Constitución tal como la hemos descrito, busca inspirar de su contenido material a normas de menor jerarquía, especial y principalmente al Derecho Penal, por cuanto sus normas afectan de manera directa a la dignidad, a la libertad de la persona y restringen sus derechos. Teniendo este marco referencial claramente establecido, nos avocamos a continuación a analizar el delito de abuso de autoridad, que sería el tipo penal en el que se enmarca la conducta de formalizar la denuncia de manera irregular e indebida por parte del Ministerio Público.

2. El delito de abuso de autoridad

2.1. Del bien jurídico protegido

Se trata de un delito especial propio y que únicamente se refiere a la acción por comisión, el delito de Abuso de Autoridad se encuentra tipificado en el Art. 376 del Código Penal. La determinación del bien jurídico ha sido abordada desde diferentes puntos de vista, en algunos casos se toma en cuenta aspectos subjetivos como la honradez; y en otros, el aspecto normativo. Para mayor referencia, alcanzo las distintas opiniones que se han dado

1 ARAGÓN REYES, Manuel A. "La Constitución como paradigma". En AA.VV El Significado actual de la Constitución. México: UNAM, 1998, pp.19-32

2 Ibidem

sobre el tema, como la del Dr. PAGLIARIO³ quien textualmente señala que el bien jurídico que se protege con esta norma penal es la *"honestidad y corrección del propio funcionario público"*, *"el buen funcionamiento de la administración pública y la imparcialidad de la administración pública"*. Ahora bien, según Manuel Abanto Vásquez⁴ dice que lo primero, es decir la honestidad no es ningún objeto de protección del Derecho, porque es un concepto que está contenido dentro del orden moral, dando a entender así que las normas de Derecho no protegen un atributo moral de las personas, y a continuación añade: *"aquí no interesa la honestidad y corrección del funcionario como persona; sino en cuanto éstas signifiquen respeto a las leyes escritas referidas a su función, y la "imparcialidad" también significa lo mismo"*.

Según Fontán Balestra,⁵ lo que se quiere es *"garantizar la regularidad y especialmente la legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo, cuyas violaciones no son castigadas por otras disposiciones legales"*, lo que significa que se sanciona la infracción de los deberes funcionales de los funcionarios cuando sus acciones causan perjuicio a un particular, de tal modo se protege el eficiente desempeño de funciones por parte del funcionario público. Finalmente, como dice Fidel Rojas Vargas⁶ es un delito genérico por cuanto utiliza la frase *"un acto arbitrario cualquiera"*, y con ello se ha querido comprender un sinnúmero de comportamientos delictivos imputables a un funcionario público. Desde mi punto de vista, el Dr. Fidel Rojas tiene razón cuando se pronuncia sobre el carácter genérico de este delito, porque de esa forma el legislador ha buscado cerrar las puertas al exceso doloso no sujeto a forma determinada en el ejercicio de las funciones del funcionario público.

El Artículo 376º analizado señala que este tipo penal es cometido por los *funcionarios públicos*, en este caso el legislador ha abandonado la distinción entre Autoridad y Funcionario, a la cual es importante referirse. Nuestra Constitución en los artículos 39º y 40º, menciona a que personas se considera funcionarios y servidores públicos; sobre la base de este considerando, el Código Penal en su Art. 425 señala expresamente a las personas que deben ser consideradas funcionarios públicos. Si la norma no ha logrado definir correctamente esta categoría, considero que la ejecutoria suprema del 26.06.03,⁷ ha dado mayores pautas refiriéndose como funcionarios públicos, también a los particulares que a pesar de no formar parte de la Administración Pública, deben ser considerados como sujetos activos de delitos contra la administración pública, cuando la importancia de la actividad que despliegan así lo amerita.

Pasando a otro punto, debo referir que este tipo penal establece dos formas independientes de la comisión del delito, aunque en algunos casos se puede dar de manera conjunta:

Quien comete. Cuando el funcionario de manera directa ejecuta el acto arbitrario, con o sin orden previa.

Quien ordena. Cuando el funcionario abusando el ejercicio de sus funciones dispone que otra persona (funcionario o particular) ejecute el delito. Este delito se materializaría con la orden abusiva, en este punto, el tipo penal no se pone en el supuesto de que resultado se ha producido, por cuanto no nos interesa si la orden fue cumplida o no.

3 PAGLIARIO, citado por ROJAS, Fidel. Primera edición, p. 90; Segunda edición, p. 112

4 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima: Palestra Editores, 2001 pp. 61 a 80; pp. 179 a 200

5 FONTAN BALESTRA, citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.

6 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Tercera edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.

7 Ejecutoria Suprema del 26.06.03 Exp. 2193-2002-Lima, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. "Delitos contra la Administración Pública". Jurisprudencia penal. Lima: Jurista editores, 2004.

Lógicamente que al cometer y ordenar, hay un uso de potestades o facultades a las cuales se ha referido el maestro CARRARA como un *acto de Abuso*, el cual consiste en:

- Uso de las facultades prohibidas específicamente o no concedidas a un funcionario. No solo una errónea aplicación de la ley sino en la no aplicación de la Ley.
- Uso de las facultades concedidas por la Ley, pero ejercidas arbitrariamente sin tener los supuestos de hecho para su ejercicio. Es decir hay una extralimitación de las funciones y atribuciones que establece la Ley.

Es necesario aclarar que cuando hablamos de *acto arbitrario* nos estamos refiriendo a todo tipo de acto, el cual según Manuel ABANTO incluye resoluciones, ordenes o cualquier otro acto administrativo, siempre y cuando tengan trascendencia externa. Para ello, debemos recordar que la arbitrariedad, consiste en la oposición del acto realizado con la ley, es decir el sujeto sustituye la ley por su propia voluntad, obviamente no habrá arbitrariedad si la ley ampara las decisiones del funcionario.

2.2. El perjuicio

A diferencia de otros ordenamientos latinoamericanos, el Perú tiene la especial particularidad de convertir este tipo penal de resultado en un tipo penal de mera actividad, por cuanto incorpora la lesión o perjuicio para alguien además de la Administración Pública. Al respecto los doctrinarios discuten si este delito tiene una simple o doble afectación. Los que apoyan el primer planteamiento, mencionan que el único afectado es la administración pública y los que sostienen la doble afectación, señalan que no solo es la administración pública, sino que también pueden ser afectados o agraviados directos por ejemplo los particulares, grupos sociales o personas jurídicas. La casuística dada en el Perú, en ejecutorias dadas el año de 1996, respalda tanto la primera como la segunda posición.

Desde mi punto de vista, considero que este delito tiene doble consecuencia, afecta la administración, el funcionamiento público y a su vez genera consecuencias a terceros; ahora bien, el perjuicio que se ocasione no solo debe entenderse en un marco patrimonial, sino, además en el menoscabo de derechos e intereses de cualquier persona. En este tipo penal, hay un vínculo que relaciona el acto arbitrario con el perjuicio que estará dirigido en contra de alguna persona, y es que el acto debe ser realizado con la finalidad de perjudicar a una persona concreta .

2.3. Dolo

El funcionario tiene pleno conocimiento, que está dando una orden o está ejecutando un acto ilegal y por lo tanto que se está extralimitando en sus funciones y atribuciones, pero además el sujeto debe de conocer que su acto abusivo es idóneo en el perjuicio que está cometiendo. Sobre éste punto, los tratadistas discrepan en definir si se trata de un Dolo Directo o Dolo Eventual; el primer planteamiento es respaldado por el Dr. Manuel ABANTO VÁSQUEZ y Francia, mientras que la opinión en contrario, es sostenida por el Dr. Fidel ROJAS.

Por último quiero hacer una breve referencia respecto a que solo es posible hablar de autoría y coautoría, cuando los coautores sean funcionarios públicos y tengan las mismas (y de manera conjunta) atribuciones del autor.

3. El Ministerio Público y la formalización de la denuncia

Si bien mi análisis se centra en el propio acto de la formalización de la denuncia por parte del Ministerio Público, resulta relevante mencionar aquellos dispositivos legales que sustentan sus atribuciones y funciones, con la finalidad de poder conocer cuál es el límite legal de las mismas.

En efecto, los Artículos 159.4 y 159.5 de la Constitución Política de 1993, establecen de manera precisa que al Ministerio Público le corresponde la investigación del delito, y el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte. Ahora bien, el Artículo 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público contenida en el Decreto Legislativo 052, señala como función principal entre otras, la persecución del delito y la reparación civil, y los Artículos 9º, 11º, 12º y 14º del mismo cuerpo legal señalan que el Fiscal vigila e interviene en la investigación del delito, orienta a la policía nacional en cuanto a las pruebas y supervigila para que se cumplan las disposiciones legales, ratificando la norma constitucional cuando manifiesta que el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública y se menciona que en él recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite.

Esta labor del fiscal de planeamiento, estrategia, control y supervisión de la investigación preparatoria (y preliminar) de una denuncia, deben ser realizadas de manera legal y profesional, porque la consecuencia de todos estos actos, generalmente será plasmada en la formalización de la denuncia. Es evidente que en esta formalización, hay una imputación de delitos a personas concretas y determinadas, y para ello se entiende que previamente se ha procedido a analizar la tipicidad de la conducta que se les atribuye, es decir, ha realizar el juicio de tipicidad, que supone que el fiscal ha realizado, sin subjetivismos ni prejuicios, una calificación objetiva del hecho que lo ha convencido de que éste constituye delito. Esta convicción está prevista en los artículos 12º y 94.2º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y el Dr. Pedro ANGULO ARANA⁸ se ha referido a ella como una *discrecionalidad técnica*.

Adicionalmente, el Fiscal debe tener en cuenta no solo que el hecho denunciado sea delito, sino que existan suficientes medios probatorios que hagan sustentable la denuncia. Sobre el particular, el Dr. Rodolfo Vega⁹ manifiesta: *“Además de la justificación de índole formal o legal que le permiten denunciar tiene que tener una justificación material, esto es, los indicios, las pruebas o los elementos de juicio suficientes y necesarios para pedirle al juez que inicie una investigación”*.

Finalmente, el Art. 65.1 del Código de Procesal Penal da mayor precisión a la intervención del Ministerio Público, cuando prevé que es en el desarrollo de la investigación del delito donde deben obtenerse los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión. A la luz de todos los dispositivos legales, es claro que el Fiscal que no realice de manera responsable y profesional lo anteriormente referido, asume de manera directa las posibles consecuencias de su mal intencionado actuar.

⁸ ANGULO ARANA, Pedro. “Investigación Preliminar Fiscal y Tipicidad Penal”. Revista Institucional Academia de la Magistratura. Núm. 7.

⁹ VEGA BILLÁN, Rodolfo. Derecho procesal penal. Universidad Hermilio Valdizán. Huánuco: Fohat ediciones, 2002.

4. Conclusiones

Tal como hemos venido desarrollando desde un inicio de este comentario, lo que se ha querido resaltar y poner de relieve es la supremacía de nuestra Constitución por sobre todo tipo de normatividad, debemos empezar a referirnos a nuestro estado como un Estado Constitucional y entre otros fundamentos, por el respeto y consideración que se debe tener a la dignidad y libertad de la persona, y que toda institución ya sea pública o privada está sometida a su ordenamiento; ahora bien desde la promulgación del Código Procesal Constitucional se han introducido en el campo jurídico dos “nuevos” conceptos, uno de ellos es el precedente constitucional vinculante y el otro es la jurisprudencia constitucional, en tal orden de ideas y por convenir al desarrollo de este comentario, no nos toca desarrollar el tema de precedentes vinculantes, por cuanto el más alto tribunal en el caso de la investigación preliminar y en la formalización de las denuncias por parte del Ministerio Público, no ha emitido ningún precedente de carácter vinculante y si por el contrario se ha pronunciado respecto a esta labor a través de la Jurisprudencia Constitucional, y lo ha hecho mencionando preceptos y principios constitucionales de carácter y de observancia obligatoria por los jueces y tribunales bajo responsabilidad, tal como lo establece el Artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los cuales dejan establecido que *los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a los principios y disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el tribunal constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos bajo responsabilidad*. Por lo tanto la jurisprudencia que desarrolla el Tribunal Constitucional, se ha constituido en Doctrina, la cual es aplicable a todo ámbito del Derecho y se estatuye como fuente de Derecho vinculando a todos los poderes del Estado.

En tal sentido el Tribunal Constitucional a través de la STC. 04853-2004-PA/TC establece claramente que tipo de resoluciones emitidas por nuestro más alto tribunal deben ser consideradas como doctrina constitucional:

- a) Las interpretaciones de la Constitución realizadas por este colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales.
- b) Las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad.
- c) Las proscripciones interpretativas, esto es las anulaciones de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución.

En el orden señalado y ratificando los fundamentos mencionados anteriormente, considero que dentro de la primera clasificación de doctrina constitucional, debemos tener en cuenta los aportes que ha entregado el Tribunal Constitucional principalmente a través de dos causas 06167-2005-HC y la 06204-2006-HC, en las cuales se establece doctrina constitucional para la correcta actuación del Ministerio Público, la que no debe estar limitada únicamente a su normatividad o como lo señala el Tribunal a “sus propios términos legales” sino que, ante todo, debe tener la obligación de actuar de conformidad a la norma constitucional, y en tal sentido nos plantea de manera expresa los principios y garantías

que deben orientar su actuación, señalando los límites que debe tener en cuenta el Ministerio Público al momento de su actividad o labor, estos principios han sido desarrollados con mayor detalle en la causa 06167-2005-HC "Caso Fernando Cantuarias" y son:

- Principio de interdicción de la arbitrariedad.
- Principio de legalidad en la función constitucional.
- Debido proceso y tutela jurisdiccional.

Tal como lo señala el Tribunal Constitucional, este primer principio de Interdicción señala que la Arbitrariedad es todo lo opuesto a lo que entendemos como Justicia y Derecho, repetimos los que textualmente señala el más alto tribunal de nuestra patria " a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de la fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad".¹⁰ En cuanto al principio de legalidad en la función jurisdiccional se señala de manera lata que la labor del fiscal está enmarcada en dos grandes parámetros La Constitución y la Ley. Por último cuando se refiere al tercer principio del debido proceso y la tutela judicial establece que estas garantías no solo deben estar limitadas al proceso en sí mismo, sino también debe de proyectarse al ámbito de la etapa pre jurisdiccional de los procesos penales, especialmente aquellas actividades propias del Ministerio Público. En este punto prefiero copiar textualmente lo que establece el Tribunal Constitucional cuando dice: "Por tanto las garantías previstas en el Art.4 del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el Art. 1 de la Constitución, según la cual la "defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" Exp. 06167-2005-HC.

Por todo lo mencionado anteriormente, considero que la labor del Ministerio Público, debe ceñirse estrictamente al respeto irrestricto de la norma constitucional, y a los límites que le establece el Tribunal Constitucional, pero nuestro supremo tribunal no solo se queda con los aspectos antes referidos y con el único afán de dotarle de mayores garantías a la persona humana y de brindarle mayor protección a sus derechos, sobre todo a su libertad, reitera mayores límites y restricciones al Ministerio Público. Con tal fin establece principios que como ya hemos mencionado son de obligatoria observancia y señala que la investigación del fiscal se encuentra sometida a principios constitucionales que la proscriben, los mismos que copiamos aquí textualmente: "a) Actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) Decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad y c) Lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica" Exp. 06204-2006-HC. Por todo lo anteriormente referido, la labor de los magistrados del Ministerio Público es de gran responsabilidad, por que además de ser el titular de la acción penal es defensor de la legalidad y ante esta difícil dualidad de funciones, debe imperar en su actuación el respeto a la dignidad libertad de la persona. Concluyo con la máxima siguiente: "Una sociedad justa puede ser realizada solamente en el respeto de la dignidad trascendente de la persona humana. Ésta representa el fin último de la sociedad".¹¹

10 Exp. N° 090-2004 AATC

11 CONCILIO VATICANO II. Const. Past Gaudium et spes. 26: AAS 58, 1966, pp. 1046-1047

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra Editores, 2001.

ANGULO ARANA, Pedro. "Investigación Preliminar Fiscal y Tipicidad Penal". *Revista Institucional Academia de la Magistratura*. Núm. 7.

ARAGÓN REYES, Manuel. "La Constitución como paradigma". En *AA.VV El Significado actual de la Constitución*. México: UNAM, 1998.

CONCILIO VATICANO II. *Const. Past Gaudium et spes*. 26: AAS 58, 1966.

Exp. N° 090-2004 AATC

Ejecutoria Suprema del 26.06.03 Exp. 2193-2002-Lima en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. "Delitos contra la Administración Pública". *Jurisprudencia penal*. Lima: Jurista editores, 2004.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.

PAGLIARIO, citado por ROJAS, Fidel. Primera edición.

VEGA BILLÁN, Rodolfo. *Derecho procesal penal*. Universidad Hermilio Valdizán. Huánuco: Fohat ediciones, 2002.