



ESTUDIO LOZA AVALOS
— A B O G A D O S —

LA COSA DECIDIDA EN LA DECISIÓN FISCAL DE ARCHIVO

Giulliana Loza Avalos



Lima, marzo de 2014



Resumen:

El desarrollo del presente trabajo muestra la línea jurisprudencial respecto al debido proceso en sede pre jurisdiccional, la investigación preliminar a cargo de la Fiscalía. En específico analizaremos las implicancias y efectos de la disposición fiscal de no formalizar investigación preparatoria y la denominada cosa decidida en sede fiscal.

Contenido:

1. *Introducción*
2. *El debido proceso en sede fiscal*
3. *Los efectos de la decisión fiscal que dispone el archivo de la investigación*
4. *El ne bis in idem*
5. *La cosa decidida*
6. *El test de triple identidad*
7. *La reapertura de la investigación*
8. *Tutela de derechos*
9. *Conclusión*

Palabras clave:

Investigación del delito, fiscalía, debido proceso, cosa decidida, ne bis in idem.



1. Introducción

Recientemente, la Fiscalía de la Nación decidió no formalizar investigación preparatoria en los casos relacionados a dos ex Presidentes de la República, investigados por la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito. En uno de ellos, la denuncia se archivó por haberse descartado la existencia de un desbalance patrimonial¹ y en el otro por no haber sido posible identificar, hasta el momento, indicios suficientes que conduzcan a considerar la existencia de un desbalance patrimonial y, principalmente, que este tenga un origen abusivo del cargo².

Estas decisiones originaron una ola de críticas provenientes, sobre todo, de los fueros políticos que las consideraban erradas. Empero, luego de ello, la pregunta que surgió fue: ¿se les puede investigar nuevamente, por los mismos hechos?. De ser así, ¿se puede retomar una investigación en sede preliminar en todos los supuestos?; ¿se vulnera con ello el *ne bis in idem*?

Las respuestas a estas y otras interrogantes, relacionadas a las decisiones de los Fiscales durante la investigación preliminar del delito pasan por analizar previamente la extensión del debido proceso a sede prejudicial y con ello las implicancias del *ne bis in idem*. A ello nos ocuparemos en las siguientes líneas.

2. El debido proceso en sede fiscal

El debido proceso, reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, constituye un principio – derecho, exigible no solo a quienes tienen facultades jurisdiccionales³ sino que se extiende a toda realidad procesal en la que se ha de decidir sobre las controversias que la persona protagonice⁴, en resguardo de

¹ Investigación n°. 042-2013, Disposición de la Fiscalía de la Nación de 9 de diciembre de 2013. Caso: *García Pérez*.

² Investigación n°. 136-2013, Disposición de la Fiscalía de la Nación de 17 de enero de 2014. Caso: *Toledo Manrique*.

³ Si bien la Constitución hace referencia al debido proceso como “principio de la función jurisdiccional”, debe tenerse en consideración que, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional, el ámbito de irradiación del debido proceso, reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, no se circunscribe exclusivamente a la esfera judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales (Exp. n°. 07289-2005-AA/TC. FJ n°. 4. Caso: *Princeton Dover Corporation Sucursal Lima – Perú*).

⁴ Castillo Córdova, Luis. *El significado insfundamental del debido proceso*. Agrega el autor “Se trata, en todos los casos, de satisfacer esa necesidad humana esencial de que los conflictos sean resueltos a través de los causes de la razón y no a través de las manifestaciones de la fuerza para asegurar en la mayor medida de lo posible la justicia de la decisión. Porque, independientemente de la naturaleza de las controversias, una decisión injusta será siempre una decisión indigna”. En: *El Debido Proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Coordinador: Juan Manuel Sosa Sacio. Gaceta Constitucional, Lima, 2010, p. 30.



una decisión justa. De ahí que, las exigencias de su respeto y protección - conforme lo ha expuesto el Tribunal Constitucional - deben observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), y también ante tribunales arbitrales, entre otros⁵. Constituye, pues, un derecho referido a situaciones relacionadas con resolución de conflictos⁶ o de determinación de situaciones jurídicas⁷.

Así, en tanto derecho fundamental, el debido proceso comparte el doble carácter que a estos les asiste. De un lado es un derecho exigible por toda persona, sea nacional o extranjera, natural o jurídica (dimensión subjetiva); del otro, contiene una dimensión institucional que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia (dimensión objetiva). Además de ello, el debido proceso es un derecho constitucional de naturaleza omnicompreensiva⁸, hacia cuyo interior se individualizan una serie de reglas de carácter fundamental que permiten considerar al proceso no solo como instrumento de solución de conflictos, sino como un mecanismo rodeado de garantías compatibles con el valor justicia⁹.

Asimismo, el debido proceso presenta dos dimensiones, una formal o procedimental y otra sustantiva o material¹⁰; en la primera de sus dimensiones los principios y reglas que integran dicho atributo tienen que ver con exigencias de tipo formal, explícitas como en el caso del juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación resolutoria, el derecho a probar (entre otras) o implícitas, como en el caso del plazo razonable o la regla *ne bis in idem*; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia

⁵ Cfr. Exp. n° 06149-2006-AA/TC. FJ n° 36. Caso: *Minera Sulliden Shabuindo SAC y Compañía de Exploraciones Algamarcas SA*.

⁶ Cfr. Exp. n° 00003-2008-PI/TC. FJ n° 6. Caso: *Gobierno Regional de Cusco. Leyes 26164 y 29167*.

⁷ Cfr. Exp. n° 000917-2007-AA/TC. FJ n° 14. Caso: *HV SA Contratistas*

⁸ En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la denominación del artículo 8 de la Convención Americana de DDH (Garantías Judiciales) puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto, no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino "el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención". Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 2.

⁹ Cfr. Exp. n° 000917-2007-AA/TC. FJ n° 14. Caso: *HV SA Contratistas*

¹⁰ Cfr. Exp. n° 08125-2005-PHC/TC. FJ n° 6, Caso: *Jeffrey Immelt y otros*. Asimismo, el TC ha expresado que el debido proceso no es solo un derecho de connotación procesal, que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución más compleja, "que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, 'justo' sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también a un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia" (Exp. n° 02192-2002-HC/TC. FJ n° 1. Caso: *Noreña Tolentino*; Exp. n° 02169-2002-HC/TC. FJ n° 1. Caso: *Rubi De Celis*).



como la razonabilidad y la proporcionalidad que toda decisión con la que se pone término a una controversia, debe suponer¹¹.

En este contexto, las actividades que desarrolla el Ministerio Público en la etapa prejudicial no son ajenas a la exigencia del debido proceso, pues este derecho despliega también su eficacia jurídica en la investigación preliminar del delito, dirigida por el fiscal, conforme al mandato contemplado en el artículo 159 inciso 4 de la Constitución¹². Y es que, conforme lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, la referencia a los derechos y garantías que tiene una persona “Durante el proceso” al que hace alusión el artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe entenderse que se proyecta, en el caso de procesos penales, también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público¹³.

Desde luego, la vocación expansiva atribuida al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, *tout court*, y puedan ser susceptibles de ser titularizados, sin más, en cada uno de esos ámbitos ajenos al estrictamente judicial¹⁴. Solo serán aplicables a la investigación fiscal aquellos que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado¹⁵”.

Es por ello que el Tribunal Constitucional ha establecido que la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia o al emitir la acusación fiscal se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso¹⁶; esto es, la actividad que desarrollada el Fiscal desde el momento que recibe la noticia criminal está sujeta a diversos principios y garantías que orientan su normal desenvolvimiento en concordancia a los postulados constitucionales. Entre estos:

¹¹ “El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del CPConst.)... en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al *cómo* se ha de actuar sino también a *qué* contenidos son admitidos como válidos” (Cfr. Exp. n° 01209-2006-PA/TC. FJ n° 30. Caso: *Amben Perú SA*)

¹² “La exigencia del efectivo respeto del debido proceso no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional. Exp. n° 02125-2005-PHC/TC. FJ n° 5. Caso: *González Arribasplata*.

¹³ Cfr. Exp. n° 01268-2001-HC/TC. FJ n° 3. Caso: *Cacho De Valdivia*.

¹⁴ Cfr. Exp. n° 07289-2005-AA/TC. FJ n° 5. Caso: *Princeton Dover Corporation Sucursal Lima – Perú*.

¹⁵ Cfr. Exps. n° 6204-2006-PHC/TC, FJ n° 11, Caso: *Chávez Sibina*; Exp. n° 02725-2008-PHC/TC. FJ n° 7. Caso: *Chauca Temoche*.

¹⁶ Cfr. Exp. n° 00216-2010-HC/TC. FJ n° 5. Caso: *Espíritu Calero*.



- a) **El principio de interdicción de la arbitrariedad:** “El grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”. Exp. n° 06167-2006-PHC/TC, FJ n°. 30. Caso: *Cantuarias Salaverry*.
- b) **El principio de prohibición de avocamiento indebido:** “si bien la ley penal de la materia no configura nítidamente los perfiles de la investigación preliminar fiscal, pues la ley no fija plazos, procedimientos, ni limitaciones precisas, no cabe duda de que, en cuanto a la extensión de la actividad investigadora del Ministerio Público, esta debe cesar una vez que el Juez Penal asuma jurisdicción sobre los hechos”. Exp. n° 02125-2005-PHC/TC. FJ n°. 8. Caso: *González Arribasplata*.
- c) **El principio de legalidad en la función constitucional:** “El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley”. Exp. n° 06167-2006-PHC/TC, FJ n°. 31 Caso: *Cantuarias Salaverry*; Exp. n° 02725-2008-AA/TC. FJ n° 8. Caso: *Chauca Temoche*.
- d) **El derecho a un tiempo razonable para preparar la defensa:** “ante la formulación de una denuncia, debe mediar un tiempo razonable entre la notificación de la citación y la concurrencia de la persona citada, tiempo que permita preparar adecuadamente la defensa ante las imputaciones o cargos en contra, considerándose, además, el término de la distancia cuando las circunstancias así lo exijan”. Exp. n°. 01268-2001-HC/TC, FJ n° 3. Caso: *Cacho de Valdivia*.
- e) **El derecho a ser investigado en un plazo razonable:** “Los criterios a considerar para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación fiscal son de dos tipos: *subjetivo* y *objetivo*. En el primero quedan comprendidos 1) la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación (...) Dentro del *criterio objetivo*, a juicio del Tribunal Constitucional, cabe comprender la naturaleza de los hechos objeto de investigación; es decir, la complejidad del objeto a investigar”. Exp. n° 05228-2006-HC/TC. FFJJ n°. 15 a 18. Caso: *Gleiser Katz*.



- f) **La tutela jurisdiccional:** “la no aceptación de una denuncia penal puede afectar el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139°, inc.3) si resulta arbitraria, pues sin ella el denunciante no podrá ver instada su pretensión ante los órganos jurisdiccionales competentes en materia penal. Lo mismo puede suceder si la resolución no valora los medios probatorios ofrecidos por el denunciante o cuando la resolución contraría el imperativo de motivación o su motivación resulta meramente aparente o manifiestamente arbitraria”. Exp. n° 06653-2008-AA/TC. FJ n° 6. Caso: *Chávez García*.
- g) **El principio de imputación necesaria:** “Una exigencia ineludible de la apertura de investigación consistirá en un sustento fáctico del hecho imputado, es decir, señalar el hecho que motiva la apertura de investigación”. Exp. n° 03987-2010-HC/TC. FJ n° 18. Caso: *Sánchez Miranda y otros*.
- h) **El derecho a la motivación de decisiones fiscales:** “Este derecho se constituye en una garantía del denunciante del ilícito penal frente a la arbitrariedad fiscal, que garantiza que las resoluciones fiscales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados fiscales, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso. Asimismo este derecho obliga a los magistrados fiscales a resolver la pretensión de la parte denunciante de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate fiscal. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestada la pretensión penal, o el desviar la decisión del marco del debate fiscal generando indefensión, constituiría vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y también del derecho a la motivación de las resoluciones fiscales”. Exp. n° 03379-2010-AA/TC. FJ n° 4. Caso: *Velasco Sáenz*.

Estos entre otros han sido los principios y derechos reconocidos por el TC a través de su jurisprudencia. Empero, la delimitación del contenido de los derechos no puede prescindir de las circunstancias de hecho que rodean cada caso concreto. En efecto, si bien es cierto que el análisis armónico y sistemático de las disposiciones constitucionales, así como la revisión de la jurisprudencia nos van a proporcionar un concepto del derecho fundamental del que se trate, este análisis se encontrará incompleto si es que se prescinde de los hechos que caracterizan cada caso y lo distinguen de otros, pues el contenido de todo derecho fundamental no es posible determinarlo en forma general o abstracta – de modo que pueda tener validez para todos los casos, al igual que sucede con las fórmulas matemáticas–, sino que deberá fijarse a la luz de cada caso, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que rodean el mismo¹⁷.

¹⁷ Cfr. Exp. n° 00023-2005-PI/TC. FJ n°. 46. Caso: *Defensoría del Pueblo – Congreso. Ley n° 28237, Código Procesal Constitucional*.



Pues bien, sobre tal reconocimiento analizaremos uno de los problemas que suele incidir en las investigaciones realizadas por los fiscales en sede prejudicial. Nos referimos a si el inicio o continuación de una investigación penal que antes ha sido archivado vulnera o no el *ne bis in idem*.

3. Los efectos de la decisión fiscal que dispone el archivo de la investigación

La disposición fiscal de no formalización de la denuncia (según el antiguo ordenamiento procesal) o de no formalización y continuación de la investigación preparatoria (conforme al Código Procesal Penal de 2004 – en adelante CPP), suele plantear el debate de si el archivo, que esta decisión genera, impide o no toda posibilidad de investigar nuevamente lo ahí indagado. Desde luego, nos referimos a la disposición fiscal de archivo definitivo; sea por no haber sido cuestionada por el denunciante o agraviado, o, porque, luego haberse recurrido al pronunciamiento del Fiscal Superior, este rechaza la Queja (conforme al artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o la elevación (según el artículo 334.5 del Código Procesal Penal de 2004), confirmando el archivo.

El Fiscal puede archivar una investigación por diversos motivos, incluso la puede rechazar de plano y no iniciar las diligencias preliminares. En efecto, si al calificar la denuncia considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción, como la prescripción, por ejemplo, el Fiscal emitirá una disposición, debidamente motivada, de no formalización de denuncia o de no formalización de investigación preparatoria, según corresponda. Lo mismo sucede, como lo precisa Avalos Rodríguez, cuando del tenor de la *notitia criminis* y de los recaudos que la pudieran acompañar se pueda pronosticar con objetividad, seriedad y seguridad de que la finalidad de las diligencias preliminares resulta inalcanzable; los fiscales no tienen que ingresar obligatoriamente en una vorágine de investigaciones que no poseen ningún sentido ni posibilidad de arribar a resultados positivos¹⁸.

Esto es, no resulta necesario que en todos los casos el Fiscal inicie una investigación preliminar para decidir el archivo. El art. 84 inciso 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, modificado por Ley n°. 29574, permite que el Fiscal rechace de plano la denuncia; similar disposición la encontramos en el art. 334 inciso 1 del CPP de 2004 cuando establece que el Fiscal puede ordenar el archivo al momento de calificar la denuncia.

¹⁸ Avalos Rodríguez, Carlos. *La decisión fiscal en el nuevo Código Procesal Penal*. Gaceta Penal & Procesal Penal. Lima, 2013, p. 218 y ss.



Este razonamiento tiene sustento, conforme lo ha resaltado el Tribunal Constitucional, en que en el Estado Constitucional de Derecho no existe un derecho fundamental a que todas las denuncias que se presenten sean penalmente perseguibles¹⁹. La importancia de esta concepción radica en que, con mucha frecuencia los sistemas de persecución penal reciben casos que, en estricto rigor, no configuran delitos. Son, si se quiere, falsos casos: jamás debieron ingresar al sistema. La denuncia es, en el mejor de los casos, un error. La causa es en realidad civil, de familia, o de cualquier otro, o tal vez no configure un caso judicial en absoluto. Esta facultad es particularmente relevante a la luz de la práctica habitual de los litigantes que buscan disfrazar problemas civiles o de otra índole como acciones penales, en la esperanza de que el rigor del proceso penal les facilite la negociación con la contraparte²⁰.

Empero, la decisión de no aceptación de una denuncia está sujeta al cumplimiento de determinadas exigencias, ya que puede afectar el derecho a la tutela jurisdiccional si resulta arbitraria, pues sin ella el denunciante no podrá ver instada su pretensión ante los órganos jurisdiccionales competentes en materia penal; así por ejemplo los casos en los que no se valoran los medios probatorios ofrecidos por el denunciante o cuando la resolución es contraria al imperativo de motivación o su motivación resulta meramente aparente o manifiestamente arbitraria²¹.

Ahora, en caso el Fiscal decida dar inicio a las diligencias preliminares bien puede, luego de finalizadas estas, decidir si formaliza o archiva la denuncia, esto es, si pone o no en conocimiento del Juez la imputación dirigida contra quien viene siendo investigado. Aunque también cabe la posibilidad de que reserve provisionalmente la investigación (por ejemplo, cuando en la denuncia se hubiera omitido una condición de procedibilidad, art. 334.4 CPP), así también puede abstenerse de ejercer la acción penal por aplicación del principio de oportunidad o acuerdo reparatorio (art. 2 CPP).

En caso se disponga el archivo, las razones pueden ser diversas, entre estas, por prescripción de la acción penal, por no existir actos de investigación suficientes que sustenten una denuncia, porque los hechos investigados no constituyen delito, por una investigación deficiente, etc. No obstante, si bien en estos casos se produce el archivo, no en todos se genera el impedimento de investigar posteriormente los mismos hechos.

¹⁹ “En efecto, en los delitos públicamente perseguibles, la determinación inicial de si una conducta constituye o no un delito a los efectos de formular la denuncia penal, corresponde efectuarla al titular de la acción penal. En el caso, tras la presentación de una denuncia de parte, los representantes del Ministerio Público emplazados decidieron archivarla, por considerar que los hechos denunciados no constituían ilícitos”. Sentencia emitida en el Exp. n°. 00076-2005-PA/TC. FJ n° 4. Caso: *Pérez Reátegui*.

²⁰ Módulo 5. Gestión del Ministerio Público. Centro de Estudio de Justicia de las Américas. CEJA, Curso Intermedio, 2005.

²¹ *Cfr.* Exp. n° 06653-2008-AA/TC. FJ n° 6. Caso: *Chávez García*.



Es por ello que el TC ha establecido como requisito *sine qua non* para analizar el *ne bis in idem* la previa verificación de la existencia de una resolución que ostente la condición jurídica de cosa decidida. Así, ha señalado que “la sola existencia de dos procesos o dos condenas impuestas, o si se quiere dos *investigaciones fiscales*, no pueden ser los únicos fundamentos para activar la garantía del *ne bis in idem*, pues se hace necesario previamente la verificación de la existencia de una **resolución que tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida**. Una vez verificado este requisito previo será pertinente analizar *strictu sensu* los componentes del *ne bis in idem*, esto es: a) identidad de la persona física o identidad de sujeto; b) identidad del objeto o identidad objetiva; y, c) identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento”²².

Pues bien, en base a ello, analizaremos los alcances del *ne bi in idem*, así como los supuestos en los que se puede asumir que determinada decisión fiscal de archivo de investigación tiene la condición de cosa decidida (con los efectos de cosa juzgada), para luego analizar en qué supuestos se da por cumplido el test de triple identidad, y con ello determinar si se afecta o no el *ne bis in idem*.

4. El *ne bis in idem*

Existen disposiciones que deben ser interpretadas a la luz del *principio de unidad* de la Constitución. Entre estas, las previstas en el artículo 139; en específico, para nuestro caso, la contenida en el inciso 2 que reconoce el derecho a que no se deje sin efecto las resoluciones que han adquirido la autoridad de *cosa juzgada*, así como la dispuesta en el inciso 13 que prescribe “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada...*”.

La cosa juzgada trae consigo la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona. Esta eficacia negativa configura el derecho a no volver a ser juzgado por lo mismo (*ne bis in idem*) que, si bien no se encuentra taxativamente en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, constituye un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. En este último caso, la cuestión no ha estado precisa pues en algunos casos el Tribunal Constitucional ha reconocido que el *ne bis in idem* forma parte del derecho a la cosa juzgada²³, en otros del debido proceso²⁴, o de los principios de legalidad y de proporcionalidad²⁵.

²² Cfr. Exp. n° 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados). FJ n° 19. Caso: *Medina Bárcena*.

²³ Cfr. Exp. n° 04587-2004-AA/TC. FJ n° 46. Caso: *Martín Rivas*.

²⁴ Cfr. Exp. n° 02600-2009-HC/TC. FJ n° 9. Caso: *Moran Terrones*.

²⁵ Cfr. Exp. n° 02704-2012-PHC/TC. FJ n° 3. Caso: *Maldonado Mejo*



El contenido constitucionalmente protegido de este derecho debe identificarse en función de sus 2 dimensiones (formal y material). En su vertiente sustantiva o material, el *ne bis in idem* garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico. En tanto que en su dimensión procesal o formal, el mismo principio garantiza que una persona no sea sometida a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho²⁶.

No obstante, el problema ha venido en determinar en qué casos nos encontramos frente a una resolución que alcance tal condición. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, respecto al artículo 8.4 de la Convención Americana ("*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*"), que "sentencia" debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y "sentencia firme" como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada. Así, ha precisado que el término "imputado absuelto" implica aquella persona que luego de haber sido imputada de un delito ha sido declarada exenta de responsabilidad, ya sea porque la absolución se produzca por haberse demostrado su inocencia, por no haberse probado su culpabilidad o por haberse determinado la falta de tipificación de los hechos denunciados. Asimismo, que la expresión "sentencia firme" no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados²⁷.

En esa línea, para Tribunal Constitucional, una resolución que no constituye una sentencia definitiva (pero que ha puesto fin al proceso penal) se encuentra también garantizada por este derecho. El *ne bis in idem* no se circunscribe a las sentencias definitivas, sino que comprende a todos los autos que ponen fin al proceso penal -al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa²⁸.

No obstante, dentro de sus límites internos, esto es, aquello que queda fuera del ámbito protegido del *ne bis in idem*, se encuentran aquellos supuestos en los que el doble juzgamiento no es compatible con los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho, ya sea porque es extraño o ajeno a aquello que éste persigue garantizar; porque forma parte del contenido constitucionalmente protegido de otro derecho fundamental, o porque así resulta de su interpretación con otras disposiciones constitucionales que contienen fines constitucionalmente relevantes. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es ajeno a la naturaleza del derecho, es decir, a los

²⁶ Cfr. Exp. n° 02050-2002-AA/TC. FJ n° 19. Caso: *Ramos Colque*.

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n° 1/95 (Caso 1106. Perú, 7 de febrero de 1995) <http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.peru11.006c.htm>

²⁸ Cfr. Exp. n° 08123-2005-HC/TC. FJ. n° 19. Caso: *Jacob Gurman*



intereses jurídicamente protegidos por la dimensión procesal del *ne bis in ídem*, que se pretenda oponer una resolución o sentencia (absolutoria) expedida en un primer proceso penal que resulta manifiestamente nulo²⁹.

5. La cosa decidida

Las decisiones que ponen fin a un conflicto emitidas por el Fiscal en sede de investigación preliminar no generan la condición de cosa juzgada, pues no son pronunciamientos emitidos por autoridad jurisdiccional. Empero, conforme lo ha resaltado el Tribunal Constitucional, si bien el Ministerio Público no representa a una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados, las decisiones de archivo que emitan tienen la calidad de cosa decidida y por tanto merecen tutela constitucional³⁰.

No obstante, es preciso tener en consideración que, a diferencia de la cosa decidida en sede administrativa, la surgida de un pronunciamiento de la Fiscalía es inalterable, esto es, no puede ser recurrida o revisada en sede jurisdiccional³¹. Así, las disposiciones fiscales de archivo tienen la calidad de cosa decidida, con los mismos efectos de la cosa juzgada: inimpugnabilidad e inmutabilidad.

La regla, conforme lo dispone el art. 335.1 del CPP, es que no se vuelvan a investigar los mismos hechos que fueron materia de determinada pesquisa siempre que el archivo responda a que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción de la acción penal. Sin embargo, se exceptúa esta regla si es que luego se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso se deberán reexaminar los actuados. Esta excepción, no obstante, a fin de no lesionar el principio del *ne bis in ídem* ha sido delimitada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando desarrolla la cosa decidida de la decisión fiscal.

Como antecedente podemos citar el Informe n° 1/95 (Caso 1106. Perú, 7 de febrero de 1995), emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el que se consideró que “la decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional --como toda actividad del Ministerio Público en el proceso-- que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión

²⁹ Cfr. Exp. n° 04587-2004-AA/TC. FFJJ n° 70 a 74. Caso: *Martín Rivas*.

³⁰ Cfr. Exp. n° 02725-2008-PHC/TC, Caso: *Chauca Temoche*

³¹ Por ejemplo no puede ser recurrida mediante alguna acción contenciosa administrativa



judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión”³².

Si bien el pronunciamiento de la CIDH no fue inicialmente asumido por nuestro Tribunal Constitucional que se centró en considerar, de manera genérica, que “*una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que la demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos*”³³; fue posteriormente aceptado. Así, el TC haciendo un viraje en su línea jurisprudencial estableció que dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de “*no ha lugar a formular denuncia penal*” por parte del fiscal, se refieren a que **el hecho no constituye delito**, es decir, carecen de ilicitud penal (Exp. n° 02725-2008-PHC/TC, Caso: *Chauca Temoche*).

El TC diferencia los efectos de la decisión fiscal de no ejercitar la acción penal en atención a la conclusión a la que se arribe luego de analizada la noticia criminal o de finalizada las diligencias preliminares³⁴. Si el archivo responde a un déficit de actos de investigación, esta puede reaperturarse, empero, si el archivo resulta de una decisión de irrelevancia penal de los hechos, esto es, que no constituyen delito, entonces no se podrá volver a investigar pues constituye cosa decidida.

En efecto, no todas las disposiciones fiscales de archivo de investigación generan cosa decidida. Solo adquieren esta condición aquellas que se sustenten en la irrelevancia penal de los hechos investigados. De esta manera, si el Fiscal archiva la investigación por considerar que los hechos imputados no constituyen delito, entonces nos encontraremos ante una decisión que causa cosa decidida. Empero, si el archivo responde a la falta de elementos, indicios o evidencias suficientes que sustenten la denuncia, entonces bien podría luego reiniciarse la investigación, desde luego, sobre la base de un análisis adecuado de los nuevos elementos y siempre que la acción penal no hubiera prescrito.

³² En este caso, promovido por Alan García Pérez contra Perú, la CIDH concluyó que “la decisión del Fiscal que desistió tres de los hechos denunciados inicialmente por no ser constitutivos de delito, al quedar firme puso fin a la pretensión punitiva del Estado en relación a los hechos que fueron materia de la resolución. La iniciación de una nueva persecución penal fundada en el mismo objeto de la denuncia anterior transgredió el principio que prohíbe la múltiple persecución penal y en consecuencia, el artículo 8, inciso 4, de la Convención”. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.peru11.006c.htm>

³³ Cfr. Exp. n° 06081-2005-PHC/TC (Caso: *Esquivel Cornejo*). Si bien en este caso se hace referencia a la cosa juzgada, esta es una categoría propia de las decisiones jurisdiccionales, por lo que en caso de las disposiciones fiscales nos referimos a la cosa decidida.

³⁴ Incidimos en que para rechazar una noticia criminal y archivar el caso no necesariamente se requiere iniciar las diligencias preliminares y someter, con ello, a un estado de sospecha de una persona. Si de los hechos se advierte claramente que estos no constituyen delito, entonces no debería iniciarse pesquisa alguna



Así, para el TC estamos ante una decisión que constituye cosa decidida si en la disposición de archivo se descarta la responsabilidad penal del investigado, por considerar que "... no ha sido factible determinar responsabilidad penal en los denunciados por la comisión de los delitos imputados, dado que su conducta se ha ajustado a la normatividad vigente al momento del desempeño de sus funciones en los cargos públicos que han ocupado"³⁵. Precisa el TC que aún cuando el nuevo fiscal atribuya legalmente un distinto delito al que fue materia de una anterior investigación con archivamiento, la sustanciación en cambio versa sobre los mismos hechos y el mismo reproche de conducta antijurídica del actor (como lo es en el presente caso en el que se atribuye al recurrente presuntas irregularidades en la adjudicación de una iniciativa privada). Entonces la declaración de "No ha lugar a formalizar denuncia penal" arribada por el Fiscal anterior permanece incólume en sus efectos de cosa decidida³⁶.

Así, el cumplimiento del requisito previo para ingresar al análisis del *ne bis in idem* se configura en aquella resolución fiscal que dispone el archivo de la investigación por considerar que el o los hechos imputados **no constituyen delito**, es decir, carecen de ilicitud penal. No debe confundirse, en ningún caso, con una resolución autónoma que le otorgue a esta explícitamente la calidad de cosa decidida.

El estatus de inamovible que otorga el TC a las decisiones fiscales que archivan las investigaciones, cuando considera que los hechos no constituyen delito, se sustenta en dos postulados constitucionales: **a)** La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159º de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; **b)** Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de **cosa decidida** que las hace plausibles de seguridad jurídica³⁷.

Esta forma de razonamiento asumida por el Tribunal Constitucional tiene como fundamento, además, el principio de seguridad jurídica, que forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho y está íntimamente vinculado con el principio de interdicción de la arbitrariedad. En tal sentido, el *principio de seguridad jurídica* se erige como la garantía constitucional del investigado que no puede ser sometido a un doble riesgo real de ser

³⁵ Cfr. Exp. n.º. 05090-2008-PHC/TC. FJ n.º 3. Caso: *Del Pomar Saettone*. Voto del Magistrado Calle Hayen, que conforma resolución.

³⁶ Cfr. Exp. n.º. 05090-2008-PHC/TC. FJ n.º 7. Caso: *Del Pomar Saettone*. Voto del Magistrado Vergara Gotelli, que conforma resolución.

³⁷ Cfr. Exp. n.º 02725-2008-PHC/TC. FJ n.º 16. Caso: *Chanca Temoche*.



denunciado y sometido a investigaciones por hechos o situaciones que en su oportunidad han sido resueltos por la autoridad pública³⁸.

De esta manera, conforme lo ha expuesto el TC “no constituirá *cosa decidida* las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o, b) cuando la investigación ha sido deficientemente realizada”³⁹.

Si el motivo de archivamiento fiscal de una denuncia se decidiese por déficit o falta de elementos de prueba, la existencia de nuevos elementos probatorios - no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público- permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar, siempre que los mismos revelen la necesidad de una investigación del hecho punible y el delito no haya prescrito⁴⁰.

Así las cosas, una vez que se hubiera verificado que la disposición fiscal de archivo de la investigación constituye cosa decidida y, que por tanto, ostenta el carácter de inamovible e inmutable, se procede a analizar si se vulnera o no el *ne bis in idem*, a través del test de triple identidad.

6. El test de triple identidad

Para verificar la existencia o no de doble persecución penal, se debe recurrir al *test de triple identidad*:

- a) **identidad de la persona perseguida penalmente (identidad subjetiva):** la persona física a la cual se le persigue tiene que ser necesariamente la misma a la que antes ha sido o viene siendo investigada y/o procesada. No obstante, si bien el TC considera es una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar un persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra al mismo tiempo, también ha precisado que la necesidad de cumplimiento de este requisito resulta inexigible si se desvirtúa mediante resolución firme (sea ésta judicial o fiscal) el carácter antijurídico del hecho perseguido. Esto es, ello hace jurídicamente imposible el procesamiento a otras personas distintas al sujeto pasivo del proceso originario en tanto la cosa juzgada no sólo produce efecto frente a él sino –como en el presente caso- frente a terceros⁴¹.

³⁸ Cfr. Exp. n° 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados). FJ n° 23. Caso: *Medina Bárcena*.

³⁹ Cfr. Exp. n° 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados). FJ n° 22. Caso: *Medina Bárcena*.

⁴⁰ Cfr. Exp. n° 02725-2008-PHC/TC. FJ n° 19. Caso: *Chanca Temoche*.

⁴¹ Cfr. Exp. n° 02725-2008-AA/TC. FJ n° 20. Caso: *Chanca Temoche*.



- b) **identidad del objeto de persecución (identidad objetiva):** la segunda persecución penal debe referirse “al mismo hecho” que el perseguido en el primer proceso (o actividad investigatoria fiscal), es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.
- c) **identidad de la causa de persecución:** debe referirse al mismo contenido de ilícito penal o calificación legal. Sobre la identidad de fundamento el TC ha precisado que este principio no se vulnera en los supuestos de concurso de delitos, pues si bien en estos casos puede haber una identidad de sujeto y de hecho, el fundamento de la incriminación es diferente, en la medida de que el mismo hecho lesiona una pluralidad de bienes jurídicos tutelados por diferentes tipos de penales. En este supuesto, se acepta que la misma conducta puede generar diversos delitos susceptibles de ser sancionados de forma independiente sin vulnerar el principio *non bis in idem* o *ne bis in idem*⁴².

Una vez verificada la concurrencia de estas tres identidades, necesarias para la materialización del *ne bis in idem*, recién se podrá determinar la afectación de este derecho fundamental.

7. La reapertura de la investigación

Ahora bien, tratándose de aquellas resoluciones que no tiene calidad de cosa decidida, por responder a una investigación deficiente o a la falta de indicios suficiente, debe tenerse en consideración que la posibilidad de reimpulsar la investigación no constituye una puerta abierta a cualquier supuesto. En el primer caso, no queda al libre albedrío o a la entera disposición subjetiva de los órganos encargados de la persecución del delito, pues para que opere ello es necesario que el representante del Ministerio Público cuente, cuando menos, con algún elemento objetivo que permita y valide la afectación del derecho de un ciudadano a la autoridad de la cosa decidida⁴³; así, por ejemplo, no constituyen nuevos elementos de convicción aquellos que sirvieron a la primera investigación; pues no son razón objetiva suficiente que haga padecer al ciudadano, nuevamente, el tormento de verse inmiscuido en bajo la lupa de la sospecha penal y que soporte el peso del *ius puniendi*.

⁴² Cfr. Exp. n° 02704-2012-PHC/TC. FJ n° 3. Caso: *Maldonado Mego*. En este caso el demandante alegaba que los mismos hechos por los que fue condenado habían sido anteriormente objeto de archivamiento por la Fiscalía Penal, sin embargo, el TC considero que no se trataba de una doble persecución penal, sino más bien de que al interior de la investigación preliminar que dio inicio al proceso y posterior condena, el fiscal consideró que los hechos no constituían delito de apropiación ilícita sino hurto agravado.

⁴³ Cfr. Exp. n° 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados). FJ n° 34. Caso: *Medina Bárcena*.



Así, el TC ha sancionado la violación del principio *ne bis in ídem* inducida por denuncias maliciosas, en aquellos casos en los que pese a conocer de la existencia de investigaciones anteriores por los mismos hechos se vuelve a denunciar, disponiéndose la remisión de copias certificadas de los principales actuados a la Fiscalía Provincial Penal de Turno de Lima, a fin de que examine y/o dilucide las consecuencias jurídicas de la actuación del denunciante malicioso⁴⁴.

8. Tutela de derechos

El artículo 200° inciso 1) de la Constitución establece que el “(...) *Hábeas Corpus* procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos (...)”; en esa línea, el artículo 2 del Código Procesal Constitucional dispone que “los procesos constitucionales de *hábeas corpus*, *amparo* y *hábeas data* proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización”.

En cuanto a la procedencia del *hábeas corpus* contra determinadas actuaciones fiscales, la línea jurisprudencial del TC ha sido cambiante. Si bien ha señalado, en repetidas ocasiones, que estas demandas deben ser declaradas improcedentes por cuanto las acciones desplegadas por los representantes del Ministerio Público no inciden en la esfera de la libertad individual de las personas ya que sus acciones solo son postulatorias o requirientes⁴⁵, estableciendo, en algunos casos, que incluso ni siquiera constituyen una amenaza para la libertad individual⁴⁶; también es cierto que, este criterio que se ha venido morigerado, aceptándose la procedencia excepcional del *hábeas corpus* a partir del análisis del caso concreto.

Así, el TC haciendo un redimensionamiento del concepto de libertad individual como objeto de protección del *hábeas corpus*, ha establecido que éste ha de ser entendido no solo como un instituto restringido únicamente a la tutela de la libertad física o corpórea (aspecto material de la libertad), sino también como un instrumento que ha de tutelar a la libertad en su ámbito subjetivo o espiritual. De esta manera, contra la actividad fiscal es posible interponer *hábeas corpus* de tipo *restringido* y *preventivo*; pues, al Ministerio Público en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exigible que el desarrollo de sus

⁴⁴ Cfr. Exp. n° 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados). Resolución de Aclaración (de 8 de septiembre de 2011). Caso: *Medina Bárcena*.

⁴⁵ Cfr. Exp. n° 01653-2010-PHC/TC, 00090-2010-PHC/TC, 03669-2007-PHC/TC, 05308-2007-PHC/TC, entre otras.

⁴⁶ Cfr. Exp. n° 03782-2008-HC/TC. FJ n° 6. Caso: *Carbajal Cayllabua*.



actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos contenidos en la propia Constitución⁴⁷.

De otro lado, ha precisado también el TC que, el proceso de amparo es la vía idónea para analizar si las actuaciones y/o decisiones de los fiscales observan los derechos fundamentales o, si en su caso, superan o no el nivel de proporcionalidad y de razonabilidad que toda decisión debe suponer, siempre que tenga la condición de decisión fiscal firme. Una decisión fiscal (resolución fiscal u otra análoga) adquiere carácter firme cuando se han agotado todos los medios impugnatorios legamente previstos siempre que estos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución que se impugna⁴⁸.

Es por ello que, quien se sienta perjudicado por la emisión de determinada decisión fiscal, bien puede acudir, vía proceso constitucional de amparo o hábeas corpus, en resguardo de sus derechos. Desde luego, la admisibilidad y procedencia de la demanda dependerá del fundamento que la motive.

9. Conclusión

La decisión que asuma el Fiscal, sea al momento de calificar la denuncia o luego de concluida las diligencias preliminares, constituyen un acto de suma relevancia, pues no solo determina la continuidad o no del procesamiento en contra de una persona, a quien se le considera sospechosa; sino que, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional: “(...) *la investigación que el Ministerio Público realice puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial, la que podría servir de importante indicativo para el juez al momento de decidir sobre la apertura de instrucción penal, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia que esté orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado y aún encarcelado, lo que representa, evidentemente, una amenaza cierta e inminente del derecho a la libertad individual o algún derecho conexo (...)*”⁴⁹.

Es por ello que deberá tenerse en cuenta, respecto al tema que nos convoca, lo siguiente:

- La actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia o al emitir la acusación fiscal se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso
- No todas las disposiciones fiscales de archivo de investigación generan cosa decidida. Solo adquieren esta condición aquellas que se sustenten en la irrelevancia penal de los hechos investigados.

⁴⁷ Cfr. Exp. n° 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados). FJ n° 4 y ss. Caso: *Medina Bárcena*.

⁴⁸ Cfr. Exp. n°. 04425-2012-AA/TC. FJ n° 4. Caso: *Boluarte Pinto*

⁴⁹ Cfr. Exp. n°. 02725-2008-PHC/TC. FJ n° 11. Caso: *Chauca Temoche*.



- El requisito *sine qua non* para analizar el *ne bis in idem* es la previa verificación de la existencia de una resolución que ostente la condición jurídica de cosa decidida.
- El cumplimiento del requisito previo para ingresar al análisis del *ne bis in idem* se configura en aquella resolución fiscal que dispone el archivo de la investigación por considerar que el o los hechos imputados no constituyen delito, es decir, carecen de ilicitud penal.
- Si el motivo de archivamiento fiscal de una denuncia se decidiese por déficit o falta de elementos de prueba, la existencia de nuevos elementos probatorios - no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público- permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar, siempre que los mismos revelen la necesidad de una investigación del hecho punible y el delito no haya prescrito.