

# LA EXCLUSION FISCAL Y LA DEFENSA DE LA INSTITUCIONALIDAD DEL MINISTERIO PUBLICO

Luis Leonardo López Loarte<sup>1</sup>

LÓPEZ LOARTE, Luis Leonardo: LA EXCLUSION FISCAL Y LA DEFENSA DE LA INSTITUCIONALIDAD DEL MINISTERIO PUBLICO. En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año XVII N° 82, Setiembre 2021, pps. del 49 al 55.

Print ISSN: 2308- 5401 / Line ISSN: 2617- 0566  
La revista indexada en LATINDEX (folio 22495)  
www.latindex.org.unam.mx

## RESUMEN

*La exclusión fiscal es un procedimiento administrativo consistente en separar a un fiscal de una investigación penal, en sede fiscal, para que sea de conocimiento de otro fiscal conllevando en algunos casos a determinar la responsabilidad disciplinaria administrativa del fiscal excluido<sup>2</sup>. Actualmente quien realiza la exclusión de un fiscal por otro es el inmediato superior jerárquico, así en el caso de un fiscal adjunto provincial lo hace el fiscal provincial, si se trata de la exclusión de un fiscal provincial lo excluye el fiscal superior y en el caso de excluir a un fiscal superior lo hace el fiscal supremo, como es de verse la exclusión lo hace el superior jerárquico y siempre debe cumplirse ciertas reglas o requisitos establecidos por ley, lo que significa que en algunos casos puede ser de oficio o en otros casos a petición del afectado lo que significa a solicitud de algunas de las partes de la investigación ya sea del agraviado, investigado, etc. Sin embargo, en el litigio diario, han ocurrido algunos casos debidamente documentados en los que algunos jueces ejerciendo facultades que no les competen han excluido a los fiscales de un proceso penal contraviniendo así la normatividad procesal y excediéndose en sus funciones como es el caso que ocurrió en etapa intermedia o audiencia de control de acusación y que en la presente investigación analizaremos y veremos cuales son las consecuencias jurídicas de tales exclusiones arbitrarias e ilegales y también veremos de que manera el fiscal excluido puede defenderse de una exclusión que le hace un juez y por último si la exclusión es un mérito o demérito profesional.*

## ABSTRACT

*Tax exclusion is an administrative procedure consisting of separating a prosecutor from a criminal investigation, at the tax headquarters, so that it becomes known to another prosecutor, leading in some cases to determine the administrative disciplinary responsibility of the excluded prosecutor<sup>3</sup>. Currently, the person who excludes one prosecutor for another is the immediate superior, as in the case of a provincial deputy prosecutor, the provincial prosecutor does it, if it is the exclusion of a provincial prosecutor, the superior prosecutor excludes it and in the case to exclude a superior prosecutor is done by the supreme prosecutor, as can be seen the exclusion is done by the hierarchical superior and certain rules or requirements established by law must always be met, which means that in some cases it may be ex officio or in other cases at the request of the affected party, which means at the request of some of the parties to the investigation, whether of the victim, investigated, etc. However, in daily litigation, there have been some duly documented cases in which some judges, exercising powers that do not concern them, have excluded prosecutors from a*

1 Fiscal Provincial Penal Titular de Huánuco – Ministerio Publico - Peru.

2 Machuca, Carlos (2019). «LA EXCLUSION DEL FISCAL EN LA NORMA PROCESAL PENAL». Página 1.

3 Machuca, Carlos (2019). «LA EXCLUSION DEL FISCAL EN LA NORMA PROCESAL PENAL». Página 1.

*criminal process, thus contravening procedural regulations and exceeding their functions, as is the case that occurred in the intermediate stage or prosecution control hearing and that in this investigation we will analyze and see what the legal consequences of such arbitrary and illegal exclusions are and we will also see how the excluded prosecutor can defend himself from an exclusion made by a judge and by last if the exclusion is a professional merit or demerit.*

## **PALABRAS CLAVE**

**Exclusión Fiscal:** *es un procedimiento administrativo consistente en separar a un fiscal de una investigación penal, en sede fiscal, para que sea de conocimiento de otro fiscal conllevando en algunos casos a determinar la responsabilidad disciplinaria administrativa del fiscal excluido.*

**Procedimiento Administrativo Disciplinario:** *es el procedimiento, mediante el cual se investiga y busca sancionar a funcionarios y servidores públicos por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones.*

**Fiscal Provincial:** *Es el funcionario de segundo nivel del Ministerio Público, titular de la acción penal y la ejerce al tener conocimiento de un hecho ilícito, dirige la investigación hasta su culminación en la que decide si formula acusación o solicita el sobreseimiento y representa a la sociedad en juicio oral.*

**Audiencia de Control de Acusación:** *es la audiencia que se desarrolla en la etapa intermedia del proceso común y en la que el juez de investigación preparatoria controla el requerimiento de acusación presentado por el fiscal provincial, realizando un control formal y sustancial de la acusación, decidiendo finalmente si aprueba o desaprueba la acusación.*

**Etapa Intermedia del Proceso Penal:** *es la etapa procesal que está comprendida entre la conclusión de la investigación preparatoria formalizada hasta que el juez de investigación preparatoria emite el auto de enjuiciamiento<sup>4</sup>.*

## **KEYWORDS**

**Tax Exclusion:** *it is an administrative procedure consisting of separating a prosecutor from a criminal investigation, at the tax headquarters, so that it becomes known to another prosecutor, leading in some cases to determine the administrative disciplinary responsibility of the excluded prosecutor.*

**Administrative Disciplinary Procedure:** *it is the procedure, through which it is investigated and seeks to punish officials and public servants for offenses committed in the exercise of their functions.*

**Provincial Prosecutor:** *He is the second-level official of the Public Ministry, holder of the criminal action and exercises it upon having knowledge of an illicit act, directs the investigation until its culmination in which he decides whether to file an accusation or request the dismissal and represents the society in oral proceedings.*

**Accusation Control Hearing:** *it is the hearing that takes place in the intermediate stage of the common process and in which the preparatory investigation judge controls the accusation request presented by the provincial prosecutor, carrying out a formal and substantial control of the accusation, deciding finally if he approves or disapproves of the accusation.*

**Intermediate Stage of the Criminal Process:** *it is the procedural stage that includes between the conclusion of the formalized preparatory investigation until the preparatory investigation judge issues the indictment<sup>5</sup>.*

Fecha de recepción de originales: 05 de Agosto de 2019.

Fecha de aceptación de originales: 26 de Agosto de 2019.

4 PRINCIPE, Hugo (2009). «La Reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal 2009. La Etapa Intermedia en el Proceso Penal Peruano: Su importancia en el Código Procesal Penal del 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales (CdePP)», páginas 237, 238.

5 PRINCIPE, Hugo (2009). «La Reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal 2009. La Etapa Intermedia en el Proceso Penal Peruano: Su importancia en el Código Procesal Penal del 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales (CdePP)», páginas 237, 238.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata sobre el controvertido tema de la exclusión fiscal. Controvertido porque debemos tener en cuenta que el nuevo modelo procesal penal peruano - inspirado en el principio acusatorio - define o precisa los roles tanto del juez y fiscal<sup>6</sup>; sin embargo, hoy en día, hemos visto algunos casos en que no se respetan o no se cumplen estos roles; específicamente, nos referimos a que ha habido casos en que algunos jueces han excluido a ciertos fiscales para seguir conociendo un proceso penal y lo más sorprendente es que los han excluido en audiencia de control de acusación, cuando ya ha terminado la investigación y estamos en etapa intermedia.

Por eso decimos que es sorprendente tales actuaciones judiciales; por cuanto, con el Nuevo Código Procesal Penal la única autoridad competente para excluir a un fiscal de una investigación penal es el fiscal inmediato superior llamado por ley y no el juez y en casos taxativamente señalados por ley, es decir cuando se cuestiona su labor fiscal. Asimismo, consideramos que esta situación de exclusión fiscal por parte de un juez, además de sorprendente, es ilegal porque vulnera la independencia y autonomía del representante del Ministerio Público, por lo que, el fiscal excluido ilegalmente por un juez tiene que recurrir a instancias superiores a fin de defender y hacer respetar su autonomía e independencia.

Ante la problemática expuesta, en la presente investigación analizaremos cuales son las causales por las que un fiscal puede ser excluido, en qué etapa del proceso penal procede la exclusión, si procede la exclusión de un fiscal en etapa intermedia, la norma que legisla la exclusión, la forma y mecanismos que utiliza el fiscal para defenderse frente a una exclusión y también los delitos que cometería el juez al realizar una exclusión ilegal.

## DESARROLLO

Como se sabe, según el vigente Código Procesal Penal del año 2004, el actual proceso penal común tiene tres etapas principales: la etapa de investigación, etapa intermedia y la etapa de juzgamiento. Sin embargo, con el transcurso del

tiempo y desarrollo de la jurisprudencia, ha quedado precisado que la etapa de investigación se subdivide en dos sub etapas: la etapa de investigación preliminar y la de investigación preparatoria formalizada.

Siendo así, primero haremos un breve análisis de esta primera sub etapa de investigación preliminar. Al respecto considero que no hay mayor debate o discusión pues, esta investigación consiste en reunir elementos de convicción urgentes y necesarios dirigida por el Fiscal desde su inicio o desde que toma conocimiento de un hecho ilícito, sub etapa que fundamentalmente se caracteriza porque el fiscal la dirige a nivel de sede fiscal con apoyo de la policía; sin embargo, lo más trascendental de esta sub etapa de investigación preliminar es que, cuando decimos que el fiscal lo dirija a nivel de sede fiscal significa que el representante del Ministerio Público cuando inicia esta investigación no informa o no pone de conocimiento al juez de investigación preparatoria de los actos de investigación que realiza y así ocurre cuando finaliza dicha investigación preliminar, tampoco le comunica al juez, de lo que se concluye, que el juez de investigación preparatoria no controla o no tiene injerencia en la investigación que realiza el fiscal.

Pero, lo que si es necesario precisar, es que en caso que el archivo de la investigación preliminar sea recurrido mediante queja de derecho por el agraviado y el Fiscal Superior lo revoca y dispone que el fiscal provincial emita disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, sólo en este caso, dicha disposición de formalización de la investigación tendrá que ser puesta de conocimiento al juez de investigación preparatoria y a partir de este momento dicho magistrado empezará a controlar al fiscal en los actos de investigación que realice durante dicha investigación.

Hasta aquí, como vemos, el fiscal tiene el control absoluto de la investigación preliminar; sin embargo, cuando emite su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria y le comunica al juez de investigación preparatoria, es a partir de este momento en que ya empieza a ser controlado por dicho magistrado o, para ser más precisos, puede ser el caso que el investigado - al no estar conforme con la relación

6 REATEGUI, James (2018). «COMENTARIOS AL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL – VOLUMEN 1». EDITORA Y DISTRIBUIDORA EDICIONES LEGALES E.I.R.L. Capítulo 1. El sistema acusatorio, páginas 12-13.

clara y precisa de los hechos concomitantes de la disposición de formalización de investigación - puede interponer o ejercer una garantía procesal penal llamada tutela de derechos<sup>7</sup>. La misma que deberá ser sustentada en una audiencia judicial y si el juez le da la razón al recurrente, entonces el fiscal se verá obligado a corregir o precisar los hechos concomitantes de su disposición de formalización de la investigación preparatoria.

Otra forma de control que ejerce el juez de investigación sobre el fiscal es el mecanismo de control de plazos, la misma que también será sustentada ante el juez y si éste le da la razón al recurrente, el fiscal se verá obligado a concluir la investigación preparatoria y emitir el pronunciamiento respectivo dentro del plazo de quince días, ya sea de sobreseimiento o acusación.

Como es de verse, podría decirse que estos son los mecanismos procesales de control más comunes que ejerce el juez sobre el fiscal. Sin embargo, existe otro mecanismo de control totalmente diferente a los normales mecanismos de control que ejerce el juez sobre el fiscal, y nos referimos a la exclusión fiscal.

Cuando decimos, que este mecanismo de control es totalmente diferente es porque, el juez no ejerce control sobre el fiscal, sino que, es el fiscal inmediato superior, quien ejerce control sobre el fiscal inmediato inferior y específicamente cuando se cuestiona el desempeño de la labor fiscal durante el desarrollo de la investigación preparatoria formalizada, es más, es un procedimiento netamente administrativo y en algunos casos conlleva la apertura de un procedimiento administrativo disciplinario ante el órgano de control interno.

Para conocer más sobre este mecanismo especial de control del desempeño fiscal se hace necesario conocer cuales son las causas para excluir a un fiscal de seguir conduciendo una investigación. Según lo normado en el artículo 62 del Código Procesal Penal, un fiscal solo puede ser excluido por su superior jerárquico cuando no cumple sus funciones adecuadamente o comete irregularidades, ya sea de oficio o a solicitud del afectado. Entonces, conforme a lo normado en el artículo 62, un fiscal sólo puede ser excluido de la dirección de una investigación preparatoria a pedido

de uno de los afectados que puede ser del agraviado o del investigado y siempre que sea evidente que el fiscal cuya exclusión se solicita carezca de imparcialidad o no cumpla convenientemente su labor, ya sea de injustificada dilación o carezca de objetividad, pero lo más importante a resaltar es que la exclusión fiscal que solamente están facultados a solicitarlo las partes se hace en la etapa de investigación preparatoria y no otra etapa del proceso.

Estando a lo precisado, es necesario hacernos la siguiente pregunta ¿Qué pasa si un juez decide excluir en una audiencia de control de acusación a un fiscal? ¿Puede un juez de investigación preparatoria excluir a un fiscal en etapa intermedia? ¿Cómo puede defenderse un fiscal frente a una exclusión ordenada por un juez? ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la exclusión fiscal hecha por un juez de investigación preparatoria? ¿Qué otras consecuencias jurídicas generan una exclusión fiscal realizada ilegalmente realizada por un juez? Todas estas interrogantes las desarrollaremos a continuación.

Conforme a todo lo analizado, es de verse que a un fiscal se le puede excluir solo a nivel de investigación preparatoria cuando no cumple adecuadamente sus funciones, eso es lo normal, pero ¿Qué pasa cuando un fiscal es excluido por un juez de investigación preparatoria al finalizar una audiencia de control de acusación porque supuestamente no cumplió con subsanar unas observaciones formales realizadas de oficio por el magistrado?, personalmente considero que dicha exclusión realizada por el juez de investigación preparatoria es totalmente ilegal; por cuanto, no existe norma habilitante alguna para que un juez excluya a un fiscal, ya que el artículo 62 del código procesal penal establece claramente que los únicos que puede solicitar la exclusión fiscal son los afectados, es decir, cualquiera de las partes de la investigación preparatoria ya sea el investigado o el agraviado, pero nunca un juez. Y la exclusión solo procede a nivel de investigación preparatoria y quien esta facultado para excluir a un fiscal es el jerárquico superior y no un juez.

En conclusión, la exclusión fiscal sólo se hace a nivel de investigación preparatoria y nunca en etapa intermedia o en audiencia de control de acusación; por cuanto, si el juez de investigación

---

7 BAZÁN, Fernando, (2010-2011), «AUDIENCIA DE TUTELA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS», página 72, Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4 – 5, N° 6 y N° 7/2010 – 2011.

preparatoria no está de acuerdo o no comparte el criterio o requerimiento fiscal de acusación o de sobreseimiento, como juez de garantías debe pronunciarse estimando o desestimando el requerimiento fiscal pero nunca devolviendo reiteradamente la acusación para que sea subsanada porque supuestamente el fiscal no cumplió con su deber funcional pese a haberla subsanado varias veces.

Entonces, la conclusión que podemos extraer es que un juez no puede excluir a un fiscal y menos en audiencia de control de acusación, porque dicha audiencia ya tiene su propio mecanismo de control fiscal que es de controlar el requerimiento acusatorio fiscal en su aspecto formal y sustancial<sup>8</sup>. Ahora, imaginemos que el juez de investigación preparatoria excluye al fiscal en audiencia de control de acusación porque supuestamente no cumplió con subsanar las observaciones formales (pese a que sí cumplió con subsanarlas) o dispone que en el día se oficie al Fiscal Superior para que excluya al Fiscal Provincial y sea reemplazado por otro fiscal.

Y, ante el pedido del juez, el fiscal superior excluye al fiscal provincial por otro fiscal del mismo nivel. ¿Qué es lo que tiene que hacer el fiscal provincial excluido?, tiene que defenderse porque la exclusión es un demérito, ¿y cómo debe defenderse el fiscal provincial excluido? Apelando la disposición fiscal superior de exclusión para que sea elevada a Fiscalía Suprema y revoque dicha exclusión declarándola IMPROCEDENTE y así el fiscal excluido sea repuesto en el caso.

Así el fiscal excluido estará demostrando espíritu de superación, dedicación a su trabajo y de respeto ante el exceso judicial cometido. Pues, de

acuerdo con ley, específicamente, un juez no está facultado legalmente para excluir a un fiscal y menos en etapa intermedia, así lo establece el artículo 62<sup>a</sup> del código procesal penal que claramente precisa que los únicos que pueden excluir a un fiscal provincial es el fiscal superior y siempre a pedido del afectado, esto es, a pedido del agraviado o investigado, pero nunca a pedido de un juez.

De todo lo expuesto, es así como se combate la exclusión ilegal, apelándola ante el inmediato superior y así se hace respetar la autonomía e independencia del Ministerio Público.

Finalmente, la exclusión ilegal realizada por el juez de investigación preparatoria ¿constituye delito de usurpación de funciones? ¿abuso de autoridad?, personalmente creo que sí constituiría delito de usurpación de funciones; por cuanto, el juez que sin norma habilitante alguna excluye a un fiscal sí cometería delito de usurpación de funciones, más aún si su conducta es reiterativa o persistente al oficiar al Fiscal Superior para que excluya al fiscal provincial, ahí está evidentemente demostrado el dolo; por tanto, el juez que comete dicho exceso, su conducta estaría inmerso en el delito de usurpación de funciones ya que estaría ejerciendo funciones que no le competen a él, sino al fiscal superior, así lo precisa en un extremo el artículo 361 del código penal que dice «, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene,...».

En conclusión, para finalizar, podemos concluir que el juez que ilegalmente excluye a un fiscal si estuviese cometiendo el delito de usurpación de funciones e inclusive delito de abuso de autoridad por el perjuicio que causa a la labor fiscal<sup>9</sup>.

---

8 ARBULÚ, Víctor (2010), Juez Superior Provisional de la Corte del Callao, Maestría en Derecho Civil y Comercial y Maestría en Ciencias Penales en la Universidad de San Marcos, Post Título en Derecho Procesal Constitucional PUCP, El Control de la Acusación en la Etapa Intermedia, paginas 8 – 9.

9 CHANJAN, Rafael H., (2016), Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tres Breves Cuestiones en torno al Delito de Abuso de Autoridad.

**CONCLUSIÓN**

1. La exclusión fiscal es un procedimiento administrativo - realizado por el Fiscal Superior - a fin de excluir del conocimiento de una investigación penal a un fiscal de grado inmediato inferior, en caso no cumpla de manera idónea su desempeño fiscal.
2. Las causales de la exclusión fiscal se encuentran regulados en el artículo 62º del Código Procesal Penal, que precisa que sólo se puede excluir a un fiscal a solicitud del afectado, esto es, a pedido de una de las partes de la investigación penal, ya sea el agraviado o investigado.
3. La exclusión fiscal, sólo se puede solicitar a nivel de la investigación preparatoria formalizada y nunca en etapa intermedia o en audiencia de control de acusación y menor lo puede hacer un juez de investigación preparatoria.
4. Si un juez de investigación preparatoria excluye a un fiscal, estaría cometiendo el delito de usurpación de funciones y de manera subsidiaria el delito de abuso de autoridad.
5. A modo de sugerencia podemos decir que la única forma de que un fiscal ataque la exclusión solicitada en contra de su labor fiscal es apelando la resolución superior que lo excluye a fin de lograr que sea revocada por el superior jerárquico llamado por ley y sea repuesto en el caso, sólo así demostrará la idoneidad de su trabajo y la defensa de su autonomía e independencia.
6. A modo de sugerencia, podemos decir que los fiscales del grado inmediato superior que tengan que resolver una solicitud de exclusión fiscal, primeramente, deberán verificar la idoneidad del trabajo del fiscal cuya exclusión se solicita y comprobarse un idóneo desempeño, entonces debe rechazarse la exclusión invocada y así se demostrará la defensa e identificación con la institucionalidad del Ministerio Público como defensor de la legalidad<sup>10</sup>.

**FUENTES DE BIBLIOGRÁFICAS**

- § MACHUCA, Carlos  
2019. «*LA EXCLUSIÓN DEL FISCAL EN LA NORMA PROCESAL PENAL*». Página 1. Consultado el 08 de Febrero de 2021: [https://fiscalesdelperu.com/wp-content/uploads/2019/08/ARTICULO\\_CARLOS-MACHUCA-01.pdf](https://fiscalesdelperu.com/wp-content/uploads/2019/08/ARTICULO_CARLOS-MACHUCA-01.pdf)
- PRINCIPE, Hugo  
(2009) «La Etapa Intermedia en el Proceso Penal Peruano: su importancia en el código procesal penal del 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales (CdePP), Páginas 237, 238». Anuario de Derecho Penal 2009. Consultado el 08 de Febrero 2021: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2009\\_12.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_12.pdf)
- REATEGUI, James  
(2018) *Libro «COMENTARIOS AL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL – VOLUMEN 1»*. Editora Y Distribuidora EDICIONES LEGALES E.I.R.L.
- BAZAN, J. Fernando  
(2010-2011), «*AUDIENCIA DE TUTELA: FUNDAMENTOS JURIDICOS*», Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4 – 5, N° 6 y N° 7/ 2010 – 2011. Consultado el 08 de Febrero de 2021: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a7da1d004e3b23a>

10 REATEGUI, James. (2018). Libro «Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal – Volumen 1». Editora y Distribuidores Ediciones Legales E.I.R.L., página 268: Jurisprudencia: Motivación Adecuada de los Pronunciamientos del Ministerio Público.

3bf82bfa826aedadc/4.+Jueces+-  
+J+Fernando+Bazan+C erd%C3%  
A1n.pdf?MOD=AJPERES&CACH  
EID=a7da1d004e3b23a3bf82bfa826aedad  
#:~:text=La%20Tutela%20de%20Derechos%  
20es,para%20que%20controle%20j  
udicialmente%20la

assets/files/articulos/  
a\_20100727\_01.pdf

- ARBULU, Víctor  
(2010). *Artículo «El Control de la Acusación en la Etapa Intermedia, paginas 8 – 9»*. Consultado el 10 de Febrero de 2021: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/>
- CHANJAN, Rafael H.  
2016 *«Tres Breves Cuestiones en torno al Delito de Abuso de Autoridad»*. Consultado el 12 de Febrero de 2021: <https://polemos.pe/tres-breves-cuestiones-torno-al-delito-abuso-autoridad/>