

# jurídica

Martes 22 de junio de 2010 • Año 7

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

Nº  
308

## Para “mi otro corazón” de Juan F. Monroy Gálvez

FRANCISCO JOSÉ DEL SOLAR / 4 - 5



2-3/ Doce años de la Ley General de Sociedades J. MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN

6-7-8/ El Ministerio Público en el proceso civil JORGE ANDÚJAR MORENO

# El Ministerio Público en el proceso civil

Jorge ANDÚJAR MORENO

Abogado. Profesor universitario



La Constitución de 1979 marcó un hito decisivo en la evolución del Ministerio Público (MP) en el Perú. Por primera vez, al más alto nivel se reguló en forma orgánica y precisa las diversas funciones de este importante ente del Estado, dotándolo de autonomía. En efecto, desde la instalación del virreinato en 1542 y durante la época republicana que corre desde la primera constitución política de 1823 a la 1933 las diversas constituciones proveyeron la presencia de fiscales dentro del capítulo correspondiente al poder Judicial.(1) Hasta entonces, no existía el MP como un cuerpo unitario e independiente.

El diseño actual de este órgano constitucional autónomo se encuentra plasmado en los artículos 158, 159 y 160 de la Constitución de 1993. Se desarrolla luego en el Decreto Legislativo 52 (Ley Orgánica del Ministerio Público) con sus modificatorias (LOMP), y, en sede judicial en materia civil, en los artículos 113 al 118 del Código Procesal Civil.

## CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

### 1. Autonomía

1.1. Como institución.- Se le conoce como autonomía externa. El art. 158 de la actual Carta recoge de manera expresa esta nota distintiva que se refiere, por las razones históricas mencionadas, en primer lugar, al Poder Judicial (PJ). Empero, sus funciones se vinculan estrechamente a grado tal de que sus miembros tienen los mismos derechos y prerrogativas, y están sujetos a las mismas obligaciones en la categoría respectiva. Asimismo, les afectan las mismas incompatibilidades y su nombramiento se encuentra sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a aquellos en su respectiva categoría.

Esta autonomía no debe entenderse como la de un órgano ajeno o confronta-

do con los distintos poderes del Estado, al Poder Ejecutivo, que representa por sí mismo un poder, paralelo y autárquico, desvinculado con los demás. En tal sentido, como todos, se sujeta a la Constitución y al sistema jurídico vigente.

La autonomía es política, normativa, administrativa, económica y disciplinaria. La primera se refiere a la capacidad de realizar su propio gobierno, la segunda a la facultad de dictar sus normas reglamentarias, la tercera a ejecutar sus decisiones en la gestión institucional, la cuarta a formular y cumplir su presupuesto que debe ser aprobado por la Junta de Fiscales Supremos y sustentado ante el Poder Ejecutivo y el Congreso (art.160 CPE) y la última a la potestad de calificar y sancionar las faltas de sus miembros.

Si bien el MP forma parte de la estructura del Estado peruano, no representa sus intereses en los procesos judiciales. Esta función, conforme al art. 47 de la Constitución y al Decreto Legislativo 1068 (Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado), corresponde a los Procuradores públicos, ya sean nacionales, internacionales, regionales o municipales.(2) Los fiscales se atienen a la defensa de la legalidad, al interés social o público que puede coincidir con los intereses del Estado, aunque muchas veces resultan abiertamente incompatibles.

1.2. Como función.-Se le conoce como autonomía interna. Se plasma en el art.5 de la LOMP que establece que los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de la institución. Como apunta Hurtado Pozo: "No se trata, pues, de una libertad absoluta, sino de libertad de acción e interpretación de las



normas que regulan el ejercicio de sus atribuciones y de los fines a alcanzar."(3)

Sin embargo, su organización jerarquizada impone la necesidad de una comunidad y uniformidad de criterios que algunos recogen, bajo el nombre de "Unidad de criterio", como uno de sus principios rectores.(4) En tal sentido, el citado art. 5, in fine, dispone que los fiscales deben sujetarse a las instrucciones que pudieran impartirles sus superiores.

Estas instrucciones deben ser de carácter general, técnico y científico, no referidos a casos específicos, dirigidas al mejor gobierno y para orientar la actividad de los fiscales. En este contexto, el Fiscal de la Nación (FN) emite diversas "directivas" que reglamentan y ordenan estas actuaciones que resultan

muy útiles. En España, en cambio, el Fiscal General puede impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos.(5)

Siguiendo esta línea, el Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia 6204-06-PHC ha establecido que el "Principio de jerarquía" no puede llegar a anular la autonomía del fiscal y que incluso el FN no puede ordenar a un fiscal provincial formular una denuncia si previamente no se ha efectuado una investigación preliminar.(6)

**2. Legalidad.** Por el "Principio de legalidad", el MP actúa sujetándose, en primer lugar, a lo dispuesto por la Constitución Política del Estado y a la interpretación vinculante que de ésta efectúa el TC.(7) Luego, a la LOMP –su Ley– con sus modificatorias y a las normas del sistema jurídico nacional, en el que se incluye a los Tratados Internacionales suscritos por el Perú.

**3. Unidad.-** Constituye un principio de organización cuya raíz proviene del antiguo derecho francés que rezaba que el MP era uno e indivisible. Como cuerpo jerárquicamente organizado se encuentra presidido por el FN, elegido por la Junta de Fiscales Supremos por el plazo de tres años prorrogable, por reelección, sólo otros dos (art.158 CPE). En España, por ejemplo, el Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, y ejerce su función en todo el territorio peninsular.





Regresando a Perú, luego del FN, quien conforme al art. 203.2° de la Carta está facultado para interponer la acción de inconstitucionalidad ante el TC, le siguen, en orden jerárquico, los fiscales Supremos, fiscales Superiores y fiscales Provinciales, titulares y adjuntos, en sus respectivas ramas: penal, civil, familia y contencioso-administrativo.

#### ATRIBUCIONES PRINCIPALES

La Constitución (art.159) y el art.1 de la LOMP, determinan sus diversas funciones que escapan al tradicional marco vinculado exclusivamente al proceso judicial. Recogen, dejando a salvo su antigua y trascendente facultad como titular de la acción penal pública y de investigación, persecución y prevención del delito, propios del derecho penal, otras atribuciones aplicables en ámbitos del proceso civil que reseñamos:

- a) Promover acción judicial en defensa de la legalidad y los intereses públicos.
- b) La representación de la sociedad en juicio (pro societatis)

c) Defender a la familia, a los menores e incapaces y la moral pública.

d) Emitir dictamen previo a las resoluciones de acuerdo a ley.

e) Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.

Como se advierte, el MP defiende los intereses públicos o difusos -class action-(art.82 CPC). En tal sentido, conforme ha sido expresamente ratificado por el Primer Pleno Casatorio Civil de la Sala Plena de la Corte Suprema de la República, que ha creado por vez primera en la historia de la judicatura doctrina jurisprudencial, en los seguidos por Giovanna Quiroz y otros contra Minera Yanacocha SRL y otro, por indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual,(8) tiene "legitimidad para obrar extraordinaria." Como tal, es una de las instituciones, conjuntamente con determinadas asociaciones y gobiernos regionales o locales, que puede pro-

mover la demanda indemnizatoria por daño ambiental.(9)

#### EL MP EN EL PROCESO CIVIL

Las diversas funciones que cumple en sede penal se encuentran ampliamente fundamentadas. Acaso este criterio pueda ampliarse a los procesos en los que existan menores, incapaces y violencia familiar. Empero, para los procesos civiles donde más allá del reconocimiento de su evidente carácter público, los conflictos de intereses que se dilucidan son temas privados, existe una importante corriente de opinión que aboga por su abolición o, cuando menos, severa limitación. En estos casos su intervención resulta muchas veces superflua y al cumplir traslados y dictámenes intrascendentes, no decisorios, se coloca como un serio obstáculo para su eficaz desarrollo y una afectación a la tutela jurisdiccional efectiva de los justiciables.

Debe tenerse presente que si con el actual Código Procesal Constitucional, (10) en los procesos constitucionales de defensa de

la libertad, donde los derechos amenazados o lesionados son de orden superior a los del proceso civil, pues se vinculan directamente a derechos humanos o fundamentales del ser humano, por similares razones ya se ha eliminado su intervención, carece de sustento que permanezca aún en el proceso civil.

El art.113° del Código Procesal Civil establece que puede ejercer, de tres modos, las siguientes atribuciones. En forma excluyente: 1. Como parte; 2. Como tercero con interés; y, 3. Como dictaminador.

1. Como parte. Esta actuación Camelutti la califica, con mucha razón, como artificial y, añadiríamos, innecesariamente confusa, por lo que estimamos que debería aclararse.

En efecto, el concepto de parte se relaciona al sujeto involucrado en un determinado conflicto de intereses propio de la relación jurídica sustantiva. Sin embargo, el MP no defiende el interés de una de las partes en litigio, sino el interés superior de la ley. Es, en verdad, una parte que no es parte; al menos en el concepto ordinario de ésta.



El maestro italiano señala "Mientras de ordinario la posición de parte en el proceso es naturalmente asumida por quien tiene un interés sustancial que defender en la relación controvertida, el Ministerio Público está instituido para defender, no los intereses que están en conflicto dentro de aquella relación, sino para vigilar, situándose por encima de la lucha de esos intereses partidistas, el interés superior y genérico en la observancia de la ley. Actúa como una parte, pero en interés superior al de las partes, es decir, en el interés imparcial de la justicia." (11)

Carnelutti añade: "El Ministerio Público tiene una posición intermedia entre la del juez y la parte." (12) En forma similar al juez, es un oficial y forma parte del oficio judicial y, al igual que las partes no resuelve sino que promueve la providencia. "Por eso las relaciones jurídicas que le pertenecen presentan una figura ambigua, que no se sitúa fácilmente en los cuadros de la teoría general." (13)

Esta actuación implica una contradicción (al menos en nomenclatura) con el "Principio de imparcialidad". Si imparcial importa ser objetivo, buscar la verdad material, no ser parte, entonces cómo entender que actúe como tal. Empero, como anota Moreno Catena "debe entenderse que el principio de imparcialidad supone la ausencia de implicación directa o indirecta del funcionario del MP en el caso concreto en que se deba actuar." Por esta razón, concluye, no cabe recu-



sión. (14) Asimismo, por esta característica nunca es considerada como parte vencida y, por tanto, no se encuentra sujeta al pago de costos y costas (Art. 412 CPC).

Bajo este esquema, el fiscal puede interponer demandas como la nulidad de constitución de asociaciones por prácticas discriminatorias raciales. (15) Otro caso, actuando ya como sujeto pasivo, se da en el proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, así como la separación convencional y divorcio ulterior (481 y 574 CPC). En este último, sólo cuando hubiere hijos sujetos a patria po-

testad; y también en los procesos de nulidad de matrimonio civil.

En estos casos, al ignorar las circunstancias de la ruptura matrimonial y tener la obligación de contestar la demanda, la actuación del fiscal deviene en una especie de limitado consejero matrimonial. Estimamos que a la luz de la Ley N° 29227 (Ley del Proceso No Contencioso de Separación y Divorcio Ulterior en municipalidades y notarias) y su reglamento, DS 009-2008-JUS, en el cual se pueden separar y divorciar sin intervención fiscal, a pesar de que puede haber menores de edad sujetos a patria potestad o mayores incapaces sobre los cuales los solicitantes han conciliado voluntariamente, resulta intransigente e ineficaz la labor de los fiscales en estas materias.

2. Como tercero con interés. Cuando en un determinado proceso la ley ha determinado que se le cite deberá apersonarse desempeñando una función de vigilancia. Tales son los casos cuando se presente un curador con legítimo interés para defender al desaparecido (Art. 47 CC) y cuando haya cesado el interés social de los fines de una fundación (Art. 108 CC).

3. Como dictaminador. Esta facultad se consigna en el Art. 159.6 de la Constitución y se reitera en el Art. 114 del CPC. El fiscal debe emitir dictamen en los casos y los plazos que la ley determine, los cuales no podrán ser mayores que los fijados para el juez (Art. 115 CPC). Asimismo, en cuanto a la oportunidad será emitido después de actuados los medios

probatorios y antes que se expida la sentencia, es decir, al inicio de la etapa decisoria. (Art. 116 CPC)

La ley prevé esta función en determinados procesos como: en los que tengan derechos o intereses morales o económicos los menores o incapaces. En la prescripción adquisitiva de predios rústicos cuando el emplazado se haya declarado rebelde (Art. 507 CPC). En el juicio de responsabilidad de los jueces interviene antes de calificarse la demanda y a efectos de verificar su procedencia. (512 CPC). En la división y partición de bienes en las uniones de hecho, en cuanto se tienda a asegurar los bienes y derechos de las partes y de los hijos comunes. En la contestación o impugnación de filiación matrimonial, ejecución de sentencias expedidas en el extranjero, entre otros. (Art. 89 LOMP).

El dictamen fiscal, a pesar de que debe fundamentarse, tiene efecto meramente consultatorio, ilustrativo u orientador por cuanto el fiscal carece de función jurisdiccional o capacidad para juzgar o hacer ejecutar lo juzgado. (16) El ejercicio de esta función corresponde, en exclusividad, al juez (Art. 139°1) quien es el que finalmente decide. Esta actuación como opinante legal recuerda a las de un Consejero en las antiguas cortes reales. Por ello la mayoría de veces carece de importancia, dilatando innecesariamente el proceso y atentando a la tutela procesal efectiva.

#### COLOFÓN

Por los fundamentos jurídicos expuestos, a la par que debe reforzarse la intervención de los fiscales en materia penal; en sede civil, como los casos de separación y divorcio, debe procederse a eliminarse su participación, y en otros temas a restringirla a los niveles mínimos necesarios. ♦

[1] Hagamos un repaso de las constituciones. 1823: art. 98: dos fiscales supremos. 1826: art. 103, un fiscal supremo. 1828: art. 108, un fiscal supremo y fiscales superiores. 1834: art. 111, un fiscal supremo y fiscales superiores. 1836: art. 33, un fiscal supremo. 1839: arts. 115, 119, 122, un fiscal supremo, fiscales superiores y agentes fiscales. 1856: art. 132, un fiscal de la Nación y fiscales y agentes fiscales. 1860: art. 126, fiscales supremos, superiores y agentes fiscales. 1867: art. 124, un fiscal supremo, superiores y agentes fiscales. 1920: arts. 147, 148, fiscales supremos y superiores. 1933: arts. 222, 223, fiscales supremos, superiores y agentes fiscales.

[2] Durante siglos el fiscal del rey representaba los intereses del Estado en juicio y se confundía con las funciones del procurador. La reforma de Napoleón en la Constitución del año VII reforzó la coincidencia de los intereses de la sociedad con los intereses del Estado.

[3] HURTADO POZO, José. El Ministerio Público. Lima. 1984. p. 94

[4] FLORES POLO, Pedro. Ministerio Público y Defensor del Pueblo. Cultural Cuzco. Lima. 1984. p. 37

[5] MORENO CATENA y otros. Introducción al Derecho procesal. Madrid. 2002. p. 203

[6] Sentencia TC expediente No. 6204-06-PHC.

[7] Algunos autores, siguiendo una lectura literal y desconociendo los alcances de este principio en sede administrativa, lo vinculan sólo a la ley, pero esta interpretación desconoce la primacía de la Constitución y del TC como supremo intérprete.

[8] Primer Pleno Casatorio Civil de la Sala Plena de la Corte Suprema de la República. Casación 1465-2007-Cajamarca en los seguidos por Giovanna Angélica Quiroz Villat y otros contra Minera

Yanacocha SRL y otros del 22.01.08

[9] Cf. La actuación del Ministerio Público en el proceso contencioso-administrativo es como dictaminador antes de la expedición de la resolución final y en casación y como parte, cuando se trate de intereses difusos (art. 16 TUO Ley 27584 Proceso Contencioso administrativo DS013-2008-JUS modificado por el D. Leg. 1067).

[10] El Código Procesal Constitucional (art. IV TP) eliminó la intervención del Ministerio Público en los procesos de la jurisdicción de la libertad: acción de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento en base a consideraciones como por lo "poco que ha contribuido en este tipo de procesos en los últimos años" (García Belaunde) y que a lo largo de más de dos décadas "no aportó mayores luces" (Carlos Mesía) y sobretodo basados en lo dilatorio y poco útil de su participación.

[11] CARNELUTTI, Francesco. Revista Der. Proc. Civil. p. 363

[12] CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Trad. 5ta. ed. por Sentís Melendo. Ed. Jurídicas Europa-América. V. I. p. 305

[13] Ibid. p. 305

[14] Ibid. p. 204

[15] LEDESMA, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Gaceta. Lima. 2008. p. 435 Casos de The Edge Social Club y Piano Social Club interpuesta por la 6 FPC de Lima y confirmada por la Corte Superior.

[16] AA. VV. Introducción al Derecho Procesal. p. 198.