

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1232-2018/EL SANTA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título: Delito de peculado doloso. Inhibición del Fiscal

Sumilla: 1. El Ministerio Público es un órgano autónomo de Derecho Constitucional encargado de provocar el ejercicio de la potestad jurisdiccional (ex artículo 159 de la Constitución) y, en el proceso penal, tiene dos roles concurrentes pero sucesivos en cuanto titular del ejercicio de la acción penal: (i) conductor de la investigación preparatoria y (ii) acusador en el juicio oral. 2. El Fiscal no es recusable (ex artículo 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público) y, por tanto, contra él no cabe, directa o indirectamente, pedir que se aparte del procedimiento en el que intervenga, aunque está obligado a excusarse cuando se presentan las causales de inhibición judicial establecidas en el artículo 53 del CPP. La inhibición del fiscal, por tanto, es una facultad que solo corresponde al Fiscal, pues no puede equipararse el acto fiscal con el acto jurisdiccional. Solo, en aras de asegurar la actuación objetiva del fiscal y enmarcado dentro del principio de legalidad procesal, la parte de acudir al Fiscal superior jerárquico para instar su separación, conforme al artículo 62 CPP. 3. La imparcialidad objetiva es exclusiva de los jueces, el fiscal a la hora de determinar el interés general en el caso concreto es parcial, en el sentido de que no actúa en una relación jurídica ajena, sino en relación propia, de ahí que es parte en los procesos en que actúa, y no puede tener la condición de tercero imparcial, que es privativa de los jueces; más allá de que debe actuar en la esfera del proceso con plena objetividad e independencia. 4. Señaló el Tribunal Superior que en el propio Distrito Fiscal de El Santa se produjeron los hechos investigados contra el patrimonio institucional, por lo que los fiscales de esa sede, al ser agraviados, no pueden ser conocer del delito. Esta premisa es igualmente errónea desde que constitucional y legalmente el Ministerio Público es el titular de la acción penal y tiene el deber de perseguir el delito, mientras que al resguardo del interés patrimonial o del daño generado por el delito se circunscribe al actor civil o a la víctima, en este caso representado por la Procuraduría de esta institución o por la Procuraduría especializada en delitos de corrupción de funcionarios, según los casos.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, cuatro de marzo de dos mil veintidós

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación, interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL SANTA contra el auto de vista de fojas setenta y siete, de catorce de mayo de dos mil dieciocho, que declaró revocando el auto de primera instancia de fojas cincuenta, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, declaró fundada la tutela de derechos planteada por la defensa del encausado Gino Casiano Reyes Roggero; y, en consecuencia, dispuso la inhibición para conocer el

proceso por parte de los Fiscales adscritos a la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Santa, y mandó remitir la carpeta fiscal a la Presidencia de la Junta de Fiscales del Distrito Fiscal del Santa para que determine sobre la base de criterios objetivos, la Fiscalía Provincial y Superior que se hará cargo de continuar con la investigación.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el Ministerio Público formalizó el procedimiento de investigación preparatoria incoado contra el encausado Reyes Roggero, Administrador del Distrito Fiscal del Santa, a quien le imputó que, conjuntamente con el Tesorero Fernando Sergio Sotelo Valenzuela, en el curso de los años dos mil quince y dos mil dieciséis se apoderaron de diversas cantidades de dinero. En el año de dos mil quince, el citado encausado Reyes Roggero se apropió de un total de ciento sesenta y cuatro mil doscientos setenta y nueve soles con cincuenta céntimos por concepto de facturas y once recibos por honorarios ascendentes a siete mil seiscientos treinta soles; mientras que, en el año dos mil dieciséis, se apropió de doscientos cuarenta y seis facturas por un millón ciento setenta nueve mil treinta y seis soles. Asimismo, le atribuyó que con su coimputado Sotelo Valenzuela efectuaron declaraciones en el fondo para pagos en efectivo utilizando comprobantes y documentación falsa para probar en las rendiciones los gastos que, en pureza, nunca efectuaron.

SEGUNDO. Que el encausado Reyes Roggero planteó un incidente de tutela de derechos a fin de apartar a los Fiscales que estaban a cargo del referido procedimiento, a los que atribuyó una parcialización en su contra. El Juzgado de la Investigación Preparatoria desestimó este remedio procesal, pero el Tribunal Superior lo amparó parcialmente y estableció que los fiscales de la Fiscalía de Corrupción de Funcionarios no podían conocer del caso, por lo que la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de El Santa debía proceder al cambio respectivo.

∞ Contra este auto de vista la Fiscalía Superior y el propio imputado interpusieron recurso de casación [vid.: fojas noventa y nueve y ciento ocho, respectivamente]. Este Tribunal Supremo (Sala Penal Transitoria) por Ejecutoria de fojas setenta, de tres de mayo de dos mil diecinueve, solo declaró bien concedido el recurso del Ministerio Público y rechazó el del imputado.

∞ Por decreto de fojas noventa y dos, de quince de diciembre de dos mil veintiuno, se señaló fecha para la audiencia de casación el día viernes catorce de enero de dos mil veintidós.

TERCERO. Que, sin embargo, el proceso continuó con su tramitación, y se sucedieron las etapas intermedia y de enjuiciamiento. El Juzgado Penal, tras el juicio oral, público y contradictorio, por sentencia de veinticuatro de febrero de dos mil veinte, condenó a Gino Casiano Reyes Roggero como autor de los delitos de peculado doloso por apropiación y falsedad ideológica en agravio del Estado – Ministerio Público a once años de pena privativa de libertad, ocho años de inhabilitación y quinientos cuarenta y cinco días multa, así como al pago total de doscientos cinco mil soles por concepto de reparación civil. Interpuesto recurso de apelación por el encausado Reyes Roggero, el Tribunal Superior, previo trámite impugnatorio, confirmó la sentencia de primera instancia. Promovido el recurso de casación por el referido imputado, el Tribunal Superior lo declaró inadmisibles por auto de fecha veintinueve de diciembre de dos mil veinte. Finalmente, ante el recurso de queja que planteó dicho encausado, este Tribunal Supremo lo declaró infundado por Ejecutoria, expedida por la Sala Penal Transitoria, de veinticuatro de agosto de dos mil veintiuno –así se advierte de la Razón de Relatoría de esta Sala Penal Permanente y de las piezas procesales remitidas al efecto–.

CUARTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Edith Alicia Chamorro Bermudez y de la defensa del encausado Reyes Roggero, doctor Estuardo Montero Cruz.

QUINTO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, por unanimidad, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura casacional está centrada en el examen del auto de vista respecto a su corrección jurídica en orden al trámite de inhibición, a la observancia del principio de autonomía del Ministerio Público, y a las competencias del órgano judicial en materia de tutela, desde las causales de inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de motivación.

SEGUNDO. Que, al respecto, es de tener presente que el Ministerio Público es un órgano autónomo de Derecho Constitucional encargado de provocar el ejercicio de la potestad jurisdiccional (ex artículo 159 de la Constitución) y, en el proceso penal, tiene dos roles concurrentes pero sucesivos en cuanto

titular del ejercicio de la acción penal: (i) conductor de la investigación preparatoria y (ii) acusador en el juicio oral.

∞ En relación a la excusa o inhabilitación, el Fiscal no es recusable (ex artículo 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público) y, por tanto, contra él no cabe, directa o indirectamente, pedir al órgano jurisdiccional que se aparte del procedimiento en el que intervenga, aunque está obligado a excusarse cuando se presentan las causales de inhabilitación judicial establecidas en el artículo 53 del Código Procesal Penal -en adelante CPP-. La inhabilitación del Fiscal, por tanto, es una facultad que solo corresponde al propio Fiscal, pues no puede equipararse el acto fiscal con el acto jurisdiccional. Solo, en aras de asegurar la actuación objetiva del fiscal y enmarcado dentro del principio de legalidad procesal, la parte puede acudir al Fiscal superior jerárquico para instar su separación, conforme al artículo 62 del CPP. Este artículo tutela la autonomía del Ministerio Público y refuerza la vigencia del principio acusatorio, de suerte que el apartamiento de un fiscal solo puede ser una decisión personal del propio fiscal o, en todo caso, un mandato del fiscal superior en grado, en aras del principio de jerarquía del Ministerio Público. Además, este precepto, como el artículo 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, autoriza al afectado por una actuación indebida del fiscal a reclamar ante el superior jerárquico su separación, con lo que no se deja en indefensión material al imputado.

∞ Cabe agregar que en sede de investigación preparatoria, sin perjuicio de este control jerárquico directo, ante la vulneración de un derecho al imputado cabe la acción de tutela como consecuencia de la actividad de investigación del fiscal, de suerte que el imputado no queda en indefensión material. Sin embargo, ante una actuación indebida, ante la comisión de irregularidades en su perjuicio, solo cabe el remedio posibilitado por el artículo 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y artículo 62, numeral 1, del CPP. Este último remedio jurídico procesal también se plantea cuando el fiscal está incurrido en las causales de recusación establecidas respecto de los jueces.

TERCERO. Que, según el auto de vista de catorce de mayo de dos mil dieciocho, la garantía de imparcialidad judicial se extiende al Ministerio Público. Ello, sin duda, no es correcto desde que el Fiscal es parte procesal y, por otro lado, como investigador, conforme al artículo 61 del CPP, desarrolla la estrategia de esclarecimiento según su propio criterio e independencia funcional, a la vez que fija hipótesis investigativas y diseña planes de averiguación del delito, pero solo tiene impuesta la regla de objetividad y debe actuar con independencia de criterio (ex artículos 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 61, numeral 1, del CPP)–. La imparcialidad objetiva es exclusiva de los jueces. La imparcialidad objetiva está conectada con consideraciones de carácter funcional y orgánica, con presupuestos de diversa índole cuya ausencia puede llevar a cuestionar la objetividad de

quienes se encargan de administrar justicia [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL: *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 171]–. El fiscal a la hora de determinar el interés general en el caso concreto es parcial –lo subjetivo, la imparcialidad subjetiva, está vinculada a sus convicciones personales para un determinado caso–, en el sentido de que no actúa en una relación jurídica ajena, sino en relación propia, de ahí que es parte en los procesos en que actúa, y no puede tener la condición de tercero imparcial, que es privativa de los jueces [MONTERO AROCA, JUAN: *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, 15º Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 205]. Todo ello sin perjuicio de que debe actuar en la esfera del proceso con plena objetividad e independencia.

∞ Además, señaló el Tribunal Superior que en el propio Distrito Fiscal de El Santa se produjeron los hechos investigados contra el patrimonio institucional, por lo que los fiscales de esa sede, al ser agraviados, no pueden conocer del delito. Esta premisa es igualmente errónea desde que constitucional y legalmente el Ministerio Público es el titular de la acción penal y tiene el deber de perseguir el delito, mientras que al resguardo del interés patrimonial o del daño generado por el delito se circunscribe al actor civil o a la víctima, en este caso representado por la Procuraduría de esta institución o por la Procuraduría especializada en delitos de corrupción de funcionarios, según los casos. Respecto del agraviado, el Ministerio Público puede actuar como sustituto procesal de aquél, cuando no se constituya en actor civil, lo que en modo alguno importa asumir un rol contradictorio que lesiona su deber de objetividad para lograr el pleno esclarecimiento de los hechos, tanto más si una de las finalidades de la investigación preparatoria, bajo el señorío del Ministerio Público, es determinar la existencia del daño causado (ex artículo 321, numeral 1, del CPP).

CUARTO. Que es patente que se afectó el principio de legalidad procesal, integrante de la garantía genérica del debido proceso, al ordenarse en vía de tutela que se aparte a los fiscales del subsistema de corrupción de funcionarios, con lesión adicional al principio de especialidad funcional, obviando la vía legalmente establecida de la necesidad de acudir al Fiscal superior en grado. Éste es el remedio jurídico procesal que la ley franquea para apartar a un fiscal del conocimiento de un caso concreto, y no asimilarlo a la garantía de imparcialidad judicial, propia de los jueces, para que por vía indirecta, extendiendo la recusación a los fiscales, lograr su apartamiento por el órgano judicial, no por sus propias autoridades.

∞ Siendo así, la resolución de vista impugnada inobservó la autonomía del Ministerio Público y afectó el debido proceso (legalidad procesal), así como interpretó erróneamente los alcances de la acción de tutela. Este es un *vitium in iuris* de carácter constitucional. Además, es obvio que el vicio de

motivación está referido a la propia interpretación y aplicación de los preceptos legales ya citados, de modo que concurre con el motivo anterior.

QUINTO. Que, con independencia de lo expuesto, lo particular del *sub judice* es que el principal continuó tramitándose paralelamente al procedimiento incidental de tutela, entendida como un remedio jurídico procesal reconocido por el ordenamiento al imputado, solo circunscripto a los supuestos estipulados en el artículo 71 apartado 4 del CPP, el cual ya culminó y se encuentra en sede de ejecución de la sentencia condenatoria. Los recursos de las partes en el principal no incidieron en que como consecuencia de lo resaltado en el auto de tutela de derechos algún acto de investigación erigido en prueba preconstituida devino en ilícito. El Juzgado Penal dio cuenta de diversas y concretas irregularidades presentadas en la investigación a los *extraneus* [vid.: puntos 8.43, 8.48–8.57 de la sentencia de primera instancia], pero ello no es materia del presente incidente, no envuelve el cuestionamiento general de imposibilidad de intervención de los fiscales especializados del Distrito Fiscal del Santa.

SEXTO. Que, al haber concluido el proceso penal declarativo de condena, la decisión de este incidente, propiamente, deviene sin base material. Más allá de la incorrección de los argumentos del Tribunal Superior al absolver el grado respecto de la acción de tutela, es de enfatizar que el Ministerio Público tiene como principio institucional la Unidad e Indivisibilidad, en cuya virtud no se trata de la opinión individual de un fiscal sino de la posición de la institución observada como unidad, de suerte que los criterios plasmados por el fiscal que conocía del caso deben ser continuados por el fiscal reemplazante, salvo temas vinculados al concurso de nuevas pruebas, a la vigencia de nuevas disposiciones legales o al cambio de perspectiva como consecuencia del principio de Jerarquía en los casos legalmente procedentes –del criterio del fiscal superior en grado–. En esta causa, finalmente, se aceptó la hipótesis acusatoria, al punto que contra la sentencia de primera instancia la Fiscalía no recurrió. El inicial agravio incidental se ha visto superado por la ausencia de agravio en el principal.

∞ No obstante lo expuesto *supra* es de mantener los argumentos respecto al tema objeto del recurso dado que se trata del acceso excepcional al recurso de casación y de dar un paso inicial en la formación de una línea jurisprudencial respecto a la inhibición de los miembros del Ministerio Público y a la posibilidad de su apartamiento.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional y violación de la garantía de

motivación, interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL SANTA contra el auto de vista de fojas setenta y siete, de catorce de mayo de dos mil dieciocho, que declaró revocando el auto de primera instancia de fojas cincuenta, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, declaró fundada la tutela de derechos planteada por la defensa del encausado Gino Casiano Reyes Roggero; y, en consecuencia, dispuso la inhibición para conocer el proceso por parte de los Fiscales adscritos a la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Santa, y mandó remitir la carpeta fiscal a la Presidencia de la Junta de Fiscales del Distrito Fiscal del Santa para que determine sobre la base de criterios objetivos, la Fiscalía Provincial y Superior que se hará cargo de continuar con la investigación. En consecuencia, **CASARON** el auto de vista. **II. Y**, actuando como instancia: **CONFIRMARON** el auto de primera instancia que declaró infundada la tutela de derechos instada por el encausado Gino Casiano Reyes Roggero. **III. ORDENARON** se archive definitivamente lo actuado, sin perjuicio de entender que la causa principal, en sede declarativa de condena, ya concluyó, y que el proceso está en sede de ejecución. **IV. MANDARON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial; registrándose. **V. DISPUSIERON** se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal Superior de origen para los fines de ley y se devuelvan los actuados. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/AMON