

CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS ACTUACIONES FISCALES

Si bien el ejercicio de la acción de la acción penal es una competencia de titularidad exclusiva del Ministerio Público; “ello no impide que, ante un proceder arbitrario, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional pueda corregir tales actuaciones”. La razón se sustenta, justamente, en que la titularidad de la acción penal no justificaría, en lo absoluto, un proceder arbitrario que afecte derechos fundamentales, lo que constituiría una causal de nulidad absoluta. Ningún acto del poder público pues, está fuera del control de constitucionalidad y convencionalidad; cuyo carácter imperativo y autoaplicativo de sus normas son transversales al ordenamiento jurídico y a toda la organización pública estatal.

POTESTAD NULIFICANTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Los tribunales jurisdiccionales están facultados a declarar la nulidad de los actos procesales, incluso, de oficio, sin solicitud de las partes procesales. En tal sentido, es posible retrotraer el proceso penal hasta el momento en que se generó el vicio estructural determinante de la ineficacia de los actos posteriores. No obstante, dicha facultad debe ponderarse de acuerdo a las circunstancias de cada caso en concreto, ponderando principios y situaciones que permitan concluir en un resultado no nulificante, sobre la base de una interpretación restrictiva orientada a la conservación de determinadas actuaciones que no menoscaben derechos fundamentales.

—SENTENCIA DE CASACIÓN—

Lima, veintitrés de julio de dos mil veintiuno

VISTO: en audiencia pública virtual, el recurso de casación interpuesto por el recurrente **GERARDO AGUSTÍN PASTOR PEREA** contra la sentencia de vista del 8 de agosto de 2018, emitida por la Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró: **(i)** nula la sentencia de primera instancia del 20 de noviembre de 2017, que absolvió al citado sentenciado de la acusación directa formulada en su contra por la comisión del delito de peculado, en agravio del Estado (Municipalidad Distrital de Samuel Pastor); **(ii)** insubsistente el juicio oral y la etapa intermedia; **(iii)** improcedente la acusación directa; y **(iv)** ordenó que la Fiscalía disponga lo que corresponda conforme a ley.

Ponencia de la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

A NIVEL FISCAL

1. El 27 de octubre de 2014, la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Camaná formuló acusación directa¹ en contra de **GERARDO AGUSTÍN PASTOR PEREA**, por el delito de peculado, tipificado en el artículo 387, segundo párrafo, del Código Penal, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Samuel Pastor (en adelante, MDSP). No obstante, en el mismo escrito, luego solicitó que si “en caso el acusado logre demostrar que el monto de lo apropiado no sobrepasa las 10 UIT (...) la tipificación se encamine por el delito de peculado previsto el primer párrafo” del citado artículo.

2. El 16 de febrero de 2015, la Fiscalía absolvió la “devolución de la acusación directa”² y formuló acusación por el delito de peculado en similares términos a los señalados en el párrafo precedente; sin embargo, alternativamente, calificó los hechos como delito de apropiación ilícita, tipificado en el artículo 190 del Código Penal. El *factum* de imputación, en lo central, fue el siguiente:

Circunstancias precedentes

El 23 de marzo de 2013, GERARDO AGUSTÍN PASTOR PEREA asumió las funciones como alcalde del centro poblado menor de La Punta (periodo 2013-2017), conforme con la Resolución de Alcaldía N.º 123-2013-MPC-A.

Circunstancias concomitantes

En mérito de sus funciones, administró los diferentes ingresos que se generaron por la temporada de verano del año 2013, por el alquiler de espacios en la playa, obligando a los administrados al cumplimiento del pago, bajo advertencia de retirar sus *stands*. Al ser requerido por la Municipalidad Distrital de Samuel Pastor, para que sustente los gastos realizados, presentó un balance con un Estado de Ejecución de Presupuestos de Ingresos y Gastos. Mediante este documento, dando cuenta que al 30 de diciembre de 2013 se obtuvo como recursos directamente recaudados el monto de S/ 88 145,18 (ochenta y ocho mil ciento cuarenta y cinco con 18/100 soles) y, como ejecución de gastos, S/ 47 048,70 (cuarenta y siete mil cuarenta y ocho con 70/100 soles). Sin embargo, no presentó ningún documento con las formalidades de ley que justifiquen esos gastos; de lo que se colige que los ingresos declarados habrían sido apropiados para su beneficio.

Previamente, el 5 de diciembre de 2013, el acusado abrió a su nombre una cuenta de uso exclusivo en el Banco de Crédito, por el monto de S/ 21 874,02 (veintiún mil ochocientos setenta y cuatro con 02/100 soles).

Circunstancias posteriores

El acusado fue notificado para declarar acerca de los hechos sucedidos y brinde sus descargos, sin embargo, no acudió a la Fiscalía. Tampoco ofreció la documentación sustentatoria sobre el balance que presentó, pese de haber sido forzado judicialmente a hacerlo. Y como se encuentran *ad portas* de iniciarse una nueva temporada de verano, el acusado puede volver a tener a su cargo los ingresos por diferentes conceptos por el alquiler de espacios en las playas.

¹ Cfr. páginas 3 al 13

² Cfr. páginas 14 al 25

3. En la audiencia de control de acusación³, del 11 de mayo de 2014, la Fiscalía retiró la acusación por el delito de apropiación ilícita e “insistió” por el delito de peculado, conforme con el segundo párrafo, del artículo 387, del Código Penal —alternativamente por el primer párrafo—. En esa misma audiencia, mediante Resolución N.º 14-2015, el Juzgado de Investigación Preparatoria (en adelante, JIP) emitió el auto de enjuiciamiento en contra del recurrente conforme con lo requerido por la Fiscalía.

A NIVEL JUDICIAL

Primer juicio

4. El 7 de junio de 2016, mediante la Sentencia N.º 34-2016 ICC-CAMANA⁴, el Juzgado Colegiado de Camaná condenó a Gerardo Agustín Pastor Perea como autor del delito de peculado —previsto en el primer párrafo, del artículo 387, del Código Penal—, en agravio del Estado (MDSP), a 4 años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el término de 3 años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta. También fijó en S/ 39 224,68 (treinta y nueve mil doscientos veinticuatro con 68/100 soles) el monto de la reparación civil, que comprende: **(i)** la devolución de S/ 19 224,68 (diecinueve mil doscientos veinticuatro con 68/100 soles) a las arcas de la Municipalidad del Centro Poblado de Balnearios del Cono Sur La Punta (en adelante, MCPLP); **(ii)** el monto de S/ 20 000,00 (veinte mil soles) por indemnización de daños y perjuicios; sin desmedro de que la suma equivalente a S/ 21 874,02 (veintiún mil ochocientos setenta y cuatro con 02/100 soles), depositada en su cuenta del Banco de Crédito, la abone a nombre de la municipalidad.

5. Frente a dicha decisión, el 14 de junio de 2016, el procurador público de la MDSP apeló⁵ el extremo de la reparación civil. Por su parte, el 17 de junio de 2016, el recurrente también apeló⁶ dicha sentencia y solicitó que sea revocada. Ambos medios impugnatorios fueron concedidos sin efecto suspensivo⁷.

6. El 4 de mayo de 2017, mediante la Sentencia de Vista N.º 34-2017-SPAC-CSJAR⁸, la Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa declaró nula la sentencia de primera instancia, insubsistente el juicio oral, y dispuso que, previamente, se ordene la realización de una pericia contable. En lo medular, se argumentó lo siguiente:

6.1. La sentencia impugnada se fundó en la pericia contable practicada por la contadora pública Chávez Pérez, que carece de información documentada sobre los montos de los ingresos —S/ 88 145,18 (ochenta y ocho mil ciento cuarenta y cinco con 18/100 soles)— y egresos —S/ 47 048,50 (cuarenta y siete mil cuarenta y ocho con 50/100 soles)— en el año 2013. El Juzgado Penal dio por cierto que el acusado depositó S/ 21 872,00 (veintiún mil ochocientos setenta y dos soles) a su cuenta personal del Banco de Crédito, la cual pertenecía a la municipalidad, por lo que afirmó que solo faltaban S/ 19 224,68 (diecinueve mil doscientos veinticuatro con 68/100 soles); sin embargo, no consideró que esa cuenta no está a nombre de la municipalidad y que el monto de S/ 21 872 (veintiún mil ochocientos setenta y dos

³ Cfr. páginas 26 al 34

⁴ Cfr. páginas 90 al 111

⁵ Cfr. páginas 125 al 127

⁶ Cfr. páginas 116 al 123

⁷ Cfr. páginas 128 y 129

⁸ Cfr. páginas 179 al 182

soles) fue retirado progresivamente por él antes de ser acusado. En tal sentido, por los defectos de la pericia, es posible que el monto apropiado sea mayor de S/ 41 096,68 (cuarenta y un mil noventa y seis con 68/100 soles), superior a 10 UIT.

6.2. Se requirió documentación para elaborar la pericia contable, pero no se presentaron: **(i)** extractos bancarios de las cuentas abiertas a nombre de la municipalidad; **(ii)** recibos de ingresos a caja que sustenten los ingresos en el periodo de enero de 2013 a abril de 2014; **(iii)** acuerdos del Concejo sobre la decisión de abrir una cuenta a nombre del municipio; **(iv)** informe sobre el destino de los ingresos; y **(v)** documentación sustentadora de gastos, libro de caja y bancos.

6.3. Es necesaria la realización de una pericia contable documentada, que emita conclusiones reales sobre los ingresos, egresos, saldos y faltantes, de ser el caso, respecto al año 2013, para lo cual deberá tenerse en cuenta que el acusado ofreció un informe documentado del 6 de marzo de 2015, con el cual justificaría los gastos del dinero que se le imputa haberse apropiado.

7. El 18 de mayo de 2017, el recurrente promovió recurso de casación⁹ contra la sentencia de vista; no obstante, fue declarado inadmisibles por el Tribunal Superior, mediante Resolución N.º 16, del 22 de mayo de 2017¹⁰.

Segundo juicio

8. El 20 de noviembre de 2017, el Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial – sede central, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, absolvió¹¹ al hoy recurrente de la acusación fiscal por la presunta comisión del delito de peculado doloso por apropiación, previsto en el artículo 387, primer y segundo párrafo, del Código Penal, en agravio de la MDSP. De otra parte, declaró fundada, en parte, la pretensión civil postulada por el actor civil y dispuso que el recurrente pague S/ 21 874,02 (veintiún mil ochocientos setenta y cuatro con 02/100 soles) a favor de la parte agraviada, con sus intereses legales devengados hasta hacerse efectivo. Sostuvo el razonamiento siguiente:

8.1. No es un hecho controvertido que el acusado fue alcalde de la MCPLP, de marzo a diciembre de 2013, tal como lo reconoció y está corroborado con los testimonios de Shirley Cindy Rodríguez Quispe, Darío Salva Romero, la perita Chávez Pérez, el Acta Fiscal del 15 de abril de 2014 y demás documentos oralizados en juicio.

8.2. No es un hecho controvertido que la municipalidad tuvo ingresos hasta por S/ 88 145,18 (ochenta y ocho mil ciento cuarenta y cinco con 18/100 soles), en el año 2013, por concepto de alquiler de *stands* comerciales, sombrillas, licencia de funcionamiento de restaurantes que funcionaban en el balneario, etc. El monto concuerda con lo determinado por la perita Chávez Pérez.

8.3. Conforme con el artículo 20, numerales 1 y 25, de la Ley Orgánica de Municipalidades, el acusado tuvo el deber funcional de vigilar y cuidar los fondos públicos del municipio. Esta función la ejercía del siguiente modo: ante la falta de una cuenta corriente del municipio y de una oficina formal de tesorería, la recaudación la realizaban la secretaria y el gerente, y luego lo entregaban al alcalde,

⁹ Cfr. páginas 211 al 215

¹⁰ Cfr. páginas 216 al 218

¹¹ Cfr. páginas 296 al 312

quien lo conservaba bajo su custodia directa e, incluso, guardaba en bolsas en su casa, tal como lo declararon Darío Salva Romero y Shirley Rodríguez Quispe. Además, al no tener el municipio un organigrama funcional, fue factible que el acusado cumpla con esa función sobre los fondos recaudados.

8.4. Si bien se advierten contradicciones sobre la ubicación de los documentos sustentatorios del informe económico del ejercicio 2013; ello no acredita la apropiación propiamente dicha. Por otro lado, que no se hayan presentado dichos documentos no implica necesariamente que no se hayan efectuado los gastos de la municipalidad ni tampoco significa una apropiación en provecho propio; máxime si se acreditaron gastos compatibles con la administración municipal.

8.5. No se acreditó que el acusado actuó con el propósito de sustraer o apropiarse de dicha suma de dinero, sino con la finalidad de custodiarlo, ante la inexistencia de una cuenta bancaria oficial de su representada —la cuenta del Banco de la Nación a nombre de la municipalidad agraviada estaba deshabilitada o cancelada—. Además, en todo momento reconoció tener en su poder el dinero recaudado e indicó ser de la municipalidad.

9. El 18 de diciembre de 2017, la Fiscalía apeló la citada sentencia¹² e instó su nulidad por falta de motivación e inadecuada valoración probatoria. El 21 de diciembre de 2017, el acusado también apeló la citada sentencia, en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión civil¹³ y solicitó que sea revocada, por incorrecta aplicación de las normas referentes a la reparación civil e indebida valoración probatoria. El 26 de diciembre de 2017, por Resolución N.º 25-2017¹⁴, el Juzgado Penal concedió ambos recursos con efecto suspensivo.

10. El 8 de agosto de 2018, mediante la Sentencia de Vista N.º 86-2018¹⁵, la Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Camaná declaró nula la sentencia de primera instancia; insubsistente el juicio oral y la etapa intermedia; improcedente la acusación directa; así como ordenó que la Fiscalía cumpla con disponer lo que corresponda conforme con sus atribuciones y la ley procesal penal. Sostuvo lo siguiente:

10.1. El recurrente tenía en su poder parte del dinero recaudado, que guardaba en bolsas en su domicilio y luego los depositaba a su cuenta personal.

10.2. No tiene respaldo documentario el informe anual del 2013 que presentó y la afirmación de haber recaudado S/ 88 145,18 [ochenta y ocho mil ciento cuarenta y cinco con 18/100 soles] y haber gastado S/ 47 048,70 [cuarenta y siete mil cuarenta y ocho con 70/100 soles].

10.3. El Juzgado Penal incurrió en causal de nulidad por motivación insuficiente, al afirmar que “la falta de documentos no implica necesariamente que no se hayan efectuado gastos en la municipalidad, como tampoco puede significar que se haya producido una apropiación en provecho del propio acusado cuando por el contrario de la misma prueba actuada durante los debates se puede apreciar que durante el periodo

¹² Cfr. páginas 319 al 325

¹³ Cfr. páginas 327 al 333

¹⁴ Cfr. páginas 334 y 335

¹⁵ Cfr. páginas 365 al 369

investigado si se realizaron gastos ordinarios compatibles con la administración municipal en un centro poblado menor”.

- 10.4.** Dicha afirmación, por no tener respaldo probatorio, no acredita cuánto fue el gasto efectivo y que la pericia contable hecha por Raquel Chávez es insuficiente, pues se realizó solo con boletas y recibos de gasto, sin precisarse el monto y la operación aritmética necesaria para determinar el total. Por lo que esta pericia, para que justifique debidamente los ingresos, egresos, saldos y faltantes, deberá ser elaborada, por un perito especializado, con documentos recabados con las formalidades de ley. Justamente, por eso, se ordenó que se realice dicha prueba, pero sin expresión de causa no se cumplió.
- 10.5.** También el Juzgado Penal incurrió en causal de nulidad por motivación incongruente al afirmar, por un lado, que el acusado aceptó haber depositado S/ 21 874,02 (veintiún mil ochocientos setenta y cuatro con 02/100 soles) a su cuenta del Banco de Crédito, sin tener el propósito de apropiárselo, sino de custodiarlo a falta de una cuenta oficial de la MCPLP. Sin embargo, por otra parte, dispuso la restitución del dinero depositado como parte de la reparación civil a favor de la entidad edil.
- 10.6.** Debe extenderse la nulidad de todo lo actuado, dado que la acusación directa no cumple con el supuesto establecido en el artículo 336.4 del Código Procesal Penal, que exige que, a partir de las actuaciones preliminares, se establezca suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, dado que se persistió con la imprecisión del monto exacto del dinero apropiado. En tal sentido, la extensión de nulidad tiene la finalidad de realizar una adecuada investigación fiscal, de ser el caso, formalizar la investigación para que se realicen actos de indagación como la pericia contable, se incorpore correctamente a la defensa de la parte agraviada, se solicite la intervención de la Contraloría General de la República y otros que se consideren pertinentes.

DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

11. El 24 de agosto de 2018, **GERARDO AGUSTÍN PASTOR PEREA** interpuso recurso de casación excepcional contra la sentencia de vista¹⁶, al amparo de la causal prevista en el artículo 427.4 del CPP e invocó los motivos casacionales prescritos en los numerales 1 y 3, del artículo 429, del citado Código: Reclamó lo siguiente:

- 11.1.** Vulneración de las garantías de la presunción de inocencia y el debido proceso (causal 1). Denunció que el órgano jurisdiccional está imposibilitado de extender sus facultades hasta el punto de asumir el rol del Ministerio Público para subsanar sus deficiencias y retrotraer el proceso hasta la etapa de investigación, ordenar que se realicen actos de investigación (pericia contable) y se constituya correctamente al actor civil.
- 11.2.** Inobservancia de normas legales de carácter procesal (causal 3). Expresó lo siguiente:
- 11.2.1.** Vulneración del deber de la carga de la prueba, prevista en el artículo IV, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal. La pericia contable elaborada por Chávez Pérez pudo ser actuada por la Sala Superior; resultando

¹⁶ Cfr. página 375

sobreabundante e ilegítimo que se realice otra, pese a considerar que los gastos efectuados en su gestión no tienen respaldo probatorio.

11.2.2. Vulneración de una adecuada motivación de la sentencia en segunda instancia, al no valorar la pericia contable oficial, como lo exigen los artículos 424.4 y 425.2 del citado Código.

11.2.3. Infracción del artículo 425.2 del Código Procesal Penal. Alegó que es un hecho convenido que los S/ 21 874,02 (veintiún mil ochocientos setenta y cuatro con 02/100 soles) fueron depositados a su cuenta personal y que no tuvo la intención de apropiarlos, como reconoció en sus alegatos finales y en el audio del 11 de septiembre de 2017. Entonces, erró el Tribunal Superior en darle un valor distinto a su dicho y considerarlo como falso, lo cual no ha sido probado por la Fiscalía.

11.2.4. Transgresión del principio de preclusión, por haberse declarado la nulidad del juicio oral y la etapa intermedia.

11.3. Propuso como doctrina jurisprudencial que se determine los alcances de la nulidad de juicio oral y etapa intermedia, así como sobre si la Sala Penal Superior se encuentra en la potestad de retrotraer hasta la etapa de investigación, ordenar la actuación de actos de investigación, disponer la formalización de la investigación y la constitución del actor civil.

12. El 18 de septiembre de 2018, mediante Resolución N.º 32, la Sala Superior concedió el recurso de casación¹⁷. Por su parte, el 16 de agosto de 2019, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación excepcional, vinculado a las causales de los numerales 1 y 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal. Se sostuvo lo siguiente:

12.1. El recurrente planteó, como tema de desarrollo jurisprudencial, si la Sala Penal Superior se encuentra en la potestad de retrotraer, a partir de la nulidad del juicio oral, hasta etapas anteriores como la etapa intermedia e investigación, ordenando la realización de actos de investigación y presentando una nueva disposición de formalización y se realice una nueva constitución de actor civil.

12.2. Vinculó su propuesta casacional con la vulneración del debido proceso (artículo 429.1 Código Procesal Penal) y la indebida aplicación y errónea interpretación del artículo IV del referido Código, que otorga al Ministerio Público la titularidad de la acción penal y el deber de la carga de la prueba (artículo 429.3 del Código Adjetivo). Sostuvo que la Sala Penal de Apelaciones se atribuyó facultades que solo le corresponden al Ministerio Público, al ordenar la realización de actos de investigación y retrotraer a etapas precluidas para tal fin.

13. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, según las cédulas de notificación y cargos que obran en el cuadernillo supremo, se emitió el decreto del 26 de mayo de 2021¹⁸, que señaló el 18 de junio del año en curso como fecha de audiencia de casación. Realizada esta, por el aplicativo *Google Meet*, se celebró de inmediato la deliberación de la causa. Llevada a cabo la votación respectiva, corresponde dictar la presente sentencia de casación, cuya lectura se programó en la fecha.

¹⁷ Cfr. páginas 389 y 390

¹⁸ Cfr. página 44 del cuadernillo

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

14. Conforme con lo anotado, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación promovido por el recurrente GERARDO AGUSTÍN PASTOR PEREA, por los motivos casacionales previstos en los numerales 1 y 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal.

Aquí corresponde precisar que la primera causal mencionada [casación constitucional] posibilita el control de todas las infracciones contra los principios, derechos y garantías de corte constitucional. Por su parte, la segunda causal en mención [casación sustantiva], en estricto, se invoca por la infracción de una ley material o de aquellas necesarias para su aplicación —que aun teniendo carácter civil o administrativo, integran normas penales incompletas—. Sin embargo, desde una concepción más amplia, es posible que se invoquen a través de la causal estatuida en el artículo 429.3 del Código Procesal Penal, todas aquellas normas necesarias para la determinación del hecho, como por ejemplo, normas procesales aplicables en el momento del enjuiciamiento que influyen en el propio sentido del pronunciamiento sobre la pretensión punitiva.

15. Dicho esto, el conflicto jurídico estriba en determinar la corrección del razonamiento nulificante expresado por la Sala Superior y si esta tiene la facultad de retrotraer el proceso penal hasta la etapa de investigación, ordenar la actuación de actos de investigación y disponer la formalización de la investigación preparatoria. Para tal efecto, previamente, este Tribunal precisará algunos apuntes doctrinales y jurisprudenciales que permitan contextualizar el sentido de la decisión adoptada.

LA NULIDAD DE ACTOS PROCESALES Y EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN

16. La nulidad de las actuaciones procesales se encuentra regulada en el Libro Segundo, Sección I, Título III, artículos 149 al 154, del Código Procesal Penal. Es un remedio procesal, distinto del recurso impugnatorio previsto en el Código de Procedimientos Penales, que tiene por objeto la revisión de la actividad procesal cuando presenta irregularidades estructurales determinantes de su ineficacia. En otras palabras, la nulidad “tiene lugar cuando el acto procesal judicial padece de una falta de aptitud para producir los efectos que le son propios, es decir, presenta un vicio o defecto que se lo impide y es causa de su invalidez” [SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal – Lecciones*. Lima: INPECCP y CENALES, 2020, pp. 1099-2000].

Su consecuencia inmediata es la anulación de los efectos del acto viciado [SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan. La Nulidad. En: *El Código Procesal Penal Comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 143].

17. Las nulidades procesales están sometidas al principio de taxatividad y trascendencia. Para analizar su relevancia se debe activar el criterio de interpretación restrictiva, dado que solo cabe declararlas “cuando lo autorice la ley procesal y siempre que produzcan un efectivo perjuicio cierto e irreparable o una efectiva indefensión” [Sentencia de Casación 22-2009/La Libertad, del 23 de junio de 2010, FJ 13]. Se exige que el acto procesal emitido menoscabe irrazonablemente el entorno jurídico de las partes privándolas, real y efectivamente, de intervenir, de uno u otro modo, en el proceso o alterando el sistema de garantías reconocido por la legislación.

18. El artículo 150 del Código Procesal Penal estipula las causales de nulidad absoluta, que surten efectos *ex tunc* (desde entonces). Implica la anulación del propio acto viciado y las

subsiguientes actuaciones que hayan surgido de aquél. Sin embargo, no necesariamente será nulo todo acto procesal posterior al defecto detectado, sino solos aquellos que dependen de este, de conformidad con el artículo 154.1 del citado cuerpo normativo.

19. En ese orden de ideas, la declaración nulificante deberá realizar una discriminación entre: **(i)** actos que han sido contaminados con los efectos del acto viciado y **(ii)** actos que son independientes y no han sido contaminados [SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan. Ob. cit., p. 162]. Resulta, entonces, de aplicación al principio de conservación que orienta la decisión en el sentido de que la invalidación de los actos procesales debe restringirse al mínimo necesario, cuya afectación de derechos fundamentales esté debidamente acreditada, manteniéndose incólumes las partes del acto que puedan ser aprovechadas por no haber sido contaminadas o haya dudas al respecto.

20. También debe ponderarse que la retrogradación de las actuaciones tiene como límite la preclusión de las etapas procesales, conforme con el artículo 154.3 del Código Procesal Penal. Ello implica que solamente podrán deducirse nulidades cuando se encuentre el acto procesal sin haber cumplido con su objetivo, es decir, sin haber producido sus efectos finales ni obtenido el carácter de firme [REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Volumen I*. Lima: Ediciones Legales, 2018, p. 474].

21. En este punto, es importante recordar que los principios procesales constituyen un método de integración normativa para decidir sobre situaciones jurídicas complejas o poco claras. Se enarbolan como enunciados de carácter jurídico y general, de condición necesaria, para determinar la validez respecto de las conclusiones a las que se pueda arribar. Entre los principios que rigen el proceso penal tenemos el de concentración, economía y celeridad procesal, socialización del proceso, oralidad, publicidad, inmediación, concentración, entre otros.

22. El principio de preclusión es una regla consecuente de los principios de economía y celeridad —los cuales constituyen una de las manifestaciones del derecho al debido proceso y, como tal, exigen tomar medidas para que los actos procesales se realicen sin dilaciones indebidas— que permite establecer etapas procesales concluyentes sin posibilidad de retorno, en el marco de un cause ordinario. Su finalidad es dar precisión, rapidez y orden a los actos que se emiten en el transcurso del proceso. Así pues, la ley “pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia siguiente: fuera de esos límites esas facultades ya no pueden ejercitarse” [CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho procesal civil*, Volumen III. Madrid: Edit. Revista de derecho privado, trad. Gómez Orbaneja, 1936, pp. 277 y 278].

23. Y es que, en efecto, el proceso [que incluye el proceso penal] ha sido ideado en la lógica de etapas preclusivas. La finalidad es salvaguardar el derecho de defensa de las partes y la resolución célere y oportuna de los litigios, al impedirse la repetición *ad infinitum* de actos procesales, pues caso contrario los procesos resultarían interminables. Ello implica que, cuando “concluye una etapa y se inicia una nueva, se clausura la anterior, y los actos procesales realizados quedan firmes al proscribirse cualquier intento de retomar la discusión sobre los mismos, salvo supuestos excepcionales contemplados en la propia norma procesal” [STC 03271-2012-PA/TC, FJ 15].

Lo esperado es que “los sujetos procesales actúen diligentemente y realicen los actos procesales dentro del plazo legalmente establecido” [ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho procesal penal*

peruano: *Análisis y Comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo I. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 187]

24. Sin embargo, es importante mencionar que, aun cuando las etapas procesales hayan precluido, siempre deberá ponderarse la afectación generada en el entorno jurídico de las partes, como consecuencia de la inobservancia del contenido esencial de los derechos fundamentales, en consonancia con los principios y garantías reconocidas en la Constitución Política del Perú y en el *corpus iuris* internacional sobre los derechos humanos. Ninguna regla es de carácter absoluto.

EL DEBER DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRUEBA DE OFICIO

25. En el Perú, el Ministerio Público es el titular de la acción penal, tiene el deber de la carga de la prueba y sus representantes son quienes conducen la investigación desde su inicio, conforme se ha establecido en el artículo 159.4 de la Constitución Política del Perú y en los artículos IV.1 del Título Preliminar, 60 y 61.2 del Código Procesal Penal. Dicha facultad debe ejercerla sobre la base de los principios de objetividad, legalidad e interdicción de la arbitrariedad; puesto que su discrecionalidad “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” [STC 2725-2008-PHC/TC, FJ 5 y 6]

26. En tal sentido, si bien el ejercicio de la acción penal es una competencia de titularidad exclusiva del Ministerio Público; “ello no impide que, ante un proceder arbitrario, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional pueda corregir tales actuaciones” [STC 6204-2006-PHC/TC, FJ 7; y STC 4620-2009-PHC/TC, FJ 8]. La razón se sustenta, justamente, en que la titularidad de la acción penal no justificaría, en lo absoluto, un proceder arbitrario que afecte derechos fundamentales, lo que constituiría una causal de nulidad absoluta. Ningún acto del poder público pues, está fuera del control de constitucionalidad y convencionalidad; cuyo carácter imperativo y autoaplicativo de sus normas son transversales al ordenamiento jurídico y a toda la organización pública estatal.

27. Es posible pues, el control jurisdiccional de la actuación fiscal, siempre que su finalidad esté orientada a que la investigación o, en todo caso, el juzgamiento se lleve a cabo debidamente. Cabe la posibilidad de corregir su actuación y disponer que se realicen actos de investigación o se actúen determinados medios de prueba que resulten indispensables o manifiestamente útiles para el esclarecimiento de la verdad, orientados a la tutela de derechos fundamentales de todas las partes procesales.

28. Una de las formas de corrección probatoria judicial lo prevé el artículo 385.2 del Código Procesal Penal, que regula la posibilidad de la prueba de oficio:

El juez penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El juez penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

29. La prueba de oficio es discrecional para el órgano jurisdiccional. Su no utilización no constituye infracción normativa alguna. Se reconoce en el juez un poder facultativo de “proceder *ex officio* o a pedido de parte cuando el resultado deducido de la práctica de la prueba resultará insuficiente para adecuar la resolución a la realidad del asunto. Entonces,

evidentemente se tiene que tratar de hechos relevantes, que han sido oportunamente alegados, que los actos de prueba no hayan resultado conducentes y que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos” [Sentencia de Casación 1345-2018/Huánuco, del 23 de octubre de 2019, F] 5].

LA ACUSACIÓN DIRECTA

30. El titular de la acción penal tiene la facultad de acusar directamente, pasando llanamente a la etapa intermedia y prescindiendo de la etapa de investigación formal si concluidas las diligencias preliminares o recibido el informe policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. El juez de la investigación preparatoria, previo traslado del requerimiento a las partes, ejercerá el correspondiente control de acusación, pudiendo desestimar el pedido fiscal cuando concorra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348 del mismo Código [Acuerdo Plenario N.º 6-2010/CJ-116, F] 8 y 11]

31. Su procedencia está condicionada a la concurrencia copulativa de los presupuestos de punibilidad y perseguibilidad, así como al cumplimiento de los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336.4 del Código Procesal Penal y las exigencias previstas en el artículo 349.

32. En tal sentido, al cumplir las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria [Sentencia de Casación 66-2018/Cuzco, del 15 de octubre de 2018, F] 20 y 29], la acusación directa está obligada a: **(i)** individualizar al imputado y señalar los datos que sirven para identificarlo; **(ii)** satisfacer el principio de imputación necesaria, describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; **(iii)** establecer la suficiencia probatoria, señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; **(iv)** determinar la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; **(v)** ofrecer los medios de prueba para su actuación en la audiencia.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

33. El recurrente cuestiona que, además de declararse nula la sentencia de primera instancia; se declaró insubsistente el juicio oral y la etapa intermedia, así como también la improcedencia de la acusación directa; aun cuando dichas etapas procesales ya habían precluido. También denuncia infracción al deber de la carga de la prueba y vulneración de los artículos 424.4 y 425.1 del Código Procesal Penal. En tal sentido, corresponde evaluar la decisión del Tribunal de Apelaciones de cara a las precisiones doctrinales, jurisprudenciales y normativas expuestas precedentemente.

34. Conforme ya se precisó, los tribunales jurisdiccionales están facultados a declarar la nulidad de los actos procesales, incluso de oficio. En tal sentido, es posible retrotraer el proceso penal hasta el momento en que se generó el vicio estructural determinante de la ineficacia de los actos posteriores. No obstante, tal como también se ha argumentado, dicha facultad debe ponderarse de acuerdo a las circunstancias de cada caso en concreto, ponderando principios y situaciones que permitan concluir en un resultado no nulificante, sobre la base de una interpretación restrictiva orientada a la conservación de determinadas actuaciones que no menoscaben derechos fundamentales.

35. Pues bien, ahora evaluemos el caso que nos ocupa. Para sustentar la decisión nulificante, el Tribunal Superior expresó como uno de sus argumentos que la pericia contable elaborada por la perita Raquel Chávez es insuficiente, al haberse realizado solo con boletas y recibos de gasto, y que en sus conclusiones no se precisó el monto total que habría sido objeto de apropiación. La Sala de Apelaciones añadió que, justamente por tal motivo, [en la anterior sentencia de vista] se ordenó que se elabore otra pericia, pero sin expresión de causa no se cumplió.

36. Sobre esta premisa, este Tribunal advierte que la pericia practicada no determinó, de forma exacta el monto que el recurrente se habría apropiado de las arcas de la MCPLP. La razón es que el objeto de su elaboración fue “determinar el monto de dinero que indebidamente se habría apropiado el imputado Gerardo Pastor Perea, desde que asumió la alcaldía del centro poblado menor La Punta, conforme a la documentación que obra en autos y la documentación necesaria que deberá exhibir el imputado cuando se lo requiera”. Sin embargo, como conclusiones se consignaron:

La Municipalidad del Centro Poblado Menor La Punta habría ejecutado ingresos por el ejercicio 2013 [...] de S/ 88 145,18 y gastos por la suma de S/ 47 048,70; dichos castos no han sido sustentados con documentación que acredite el gasto.

Que la Municipalidad del Centro Poblado Menor La Punta no abrió cuenta alguna en el Banco de Crédito del Perú por el periodo bajo análisis.

Que la Cuenta de Ahorro N.º 250-28098765-0-21, a nombre de Gerardo Agustín Pastor Perea, la cual fue abierta el 05/12/2013 con un depósito por la suma de S/ 21 874,02, habría sido abierta con fondos de propiedad de la Municipalidad del Centro Poblado Menor La Punta.

Que los S/ 41 096,68 que aparecen en los Estados Financieros de dicha Municipalidad al 31/12/2013 no están respaldados por ninguna cuenta de ahorros y se trataría de dinero faltante en caja [...]

37. Nótese pues que, aun cuando los informes periciales no pueden determinar en estricto la conducta típica de apropiación indebida, al ser ello únicamente una potestad jurisdiccional; lo cierto es que la pericia mencionada no cumplió su finalidad. Sus conclusiones sobre los aspectos contables se redactaron en condicional y los datos sobre los gastos no se sustentaron en la documentación pertinente. Tampoco se precisó cuál sería el monto no justificado que habría sido objeto de apropiación.

38. Esta falta de precisión no se debió a una imposibilidad *a priori* de determinar el monto objeto de una presunta apropiación, sino por no haberse contado con la información relevante, tales como: **(i)** extractos bancarios de las cuentas abiertas a nombre de la municipalidad; **(ii)** recibos de ingresos a caja que sustenten los ingresos en el periodo de enero de 2013 a abril de 2014; **(iii)** acuerdos del concejo que hayan decidido abrir la cuenta a nombre de la municipalidad; **(iv)** informe sobre el destino de los ingresos; **(v)** documentación sustentadora de los gastos del libro de caja y bancos.

Por tal razón, resultaba indispensable y necesaria la actuación de otra pericia contable, cuya utilidad es manifiesta para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal o ausencia de ella, respecto al evento delictivo atribuido.

39. Es por ello que, pese a que en el primer juicio oral el juzgado penal no se observó la inconclusa actividad probatoria fiscal, fue el Tribunal Superior, mediante la sentencia de vista del 4 de mayo de 2017, que declaró nula la sentencia condenatoria del 7 de junio de 2016 y ordenó que, previamente, se elabore otra pericia contable. Sin embargo, en el segundo juicio oral que generó la sentencia absolutoria del 20 de noviembre de 2017, se omitió — sin razón— la actuación de la pericia contable requerida. Entonces, se emitió el fallo sin

haberse cumplido, *ex ante*, el mandato jurisdiccional determinado en la primera sentencia de vista mencionada; lo que evidentemente conllevó a expedir una decisión sin todos los elementos de prueba necesarios.

40. Como consecuencia de ello, en la sentencia de vista que hoy es objeto de control casacional, se advirtieron errores en la justificación de las premisas sobre los ingresos, egresos, saldos y faltantes. En segunda instancia, el Tribunal Superior se valoró la pericia elaborada por Chávez Pérez, en virtud de su oralización en sede recursal, y concluyó que esta resultaba insuficiente. Es más, contrario a lo señalado por el recurrente, no se advierte que se haya fijado como hecho convenido o convención probatoria que el monto depositado en la cuenta bancaria del recurrente no haya sido objeto de apropiación.

41. Entonces, en mérito de todos estos defectos procesales, al declarar nula la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior no ha usurpado el deber de la carga de la prueba del titular de la acción penal. Tampoco se evidencia infracción al principio de preclusión de las etapas procesales en este extremo y, menos aún, transgresión de los artículos 424.4 y 425.1 del Código Procesal Penal. La decisión nulificante de la sentencia condenatoria de primera instancia, por tanto, debe ratificarse.

42. Ahora bien, no sucede lo mismo con el extremo de declarar insubsistente la etapa intermedia y la improcedencia del requerimiento de acusación directa. Es cierto que este último no cumplió con los requisitos exigidos en el artículo 336.4 del Código Procesal Penal, dado que no se precisó el monto exacto que habría sido materia de apropiación en el ejercicio fiscal de 2013. Sin embargo, como ya se mencionó, la imprecisión en la acusación directa se originó por haberse sustentado en el Informe Pericial Contable¹⁹, del 11 de septiembre de 2014, elaborado por la perita Elena Raquel Chávez Pérez (contadora pública).

Las falencias de la acusación directa también subyacen de la variada calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público, al sostener en su requerimiento del 27 de octubre de 2014 la comisión del delito de peculado, tipificado en el artículo 387, *segundo párrafo*, del Código Penal, pero luego señalar que si “en caso el acusado logre demostrar que el monto de lo apropiado no sobrepasa las 10 UIT (...) la tipificación se encamine por el delito de peculado previsto el *primer párrafo*” del citado artículo. Nótese que dicho planteamiento es la consecuencia de no haberse determinado el monto objeto de apropiación.

Incluso, recuérdese que el 12 de febrero de 2015, al absolver la devolución de la acusación directa²⁰, reiteró la calificación jurídica en similares términos y, alternativamente, por el delito de apropiación ilícita, tipificado en el artículo 190 del Código Penal —aunque cabe anotar que esta calificación alternativa fue retirada en la audiencia de control de acusación²¹—.

43. Sin embargo, las deficiencias de la acusación directa pudieron sanearse con el cumplimiento del mandato de elaborar otra pericia contable, la misma que hubiese servido para validar o desestimar la tesis de imputación fiscal respecto a una posible conducta de apropiación de fondos públicos, con la precisión del monto objeto de la conducta típica, antijurídica y culpable atribuida. De esa forma, se hubiese finiquitado la situación jurídica expectante del procesado respecto al proceso penal incoado en su contra.

¹⁹ Cfr. páginas 222 al 228

²⁰ Cfr. páginas 14 al 25

²¹ Cfr. páginas 26 al 34

44. Debe recordarse que, la sentencia condenatoria del 7 de junio de 2016 fue apelada únicamente por el recurrente y, en el extremo de la reparación civil, por el procurador público de la MDSP. En el acto que la Sala Superior declaró su nulidad, debido a las deficiencias de la acusación directa, también pudo retrotraerse el proceso penal hasta esta etapa, sin embargo, ello no sucedió. Ahora, luego de emitida la sentencia absolutoria del 20 de noviembre de 2017, el Tribunal Superior adicionalmente ha declarado insubsistente la etapa intermedia, así como la improcedencia de la acusación directa. Empero, esta decisión, aun cuando en la primera sentencia de vista podía resultar válida, actualmente no adquiere las mismas connotaciones. El contexto de su emisión, en este extremo, no solo vulnera el principio de preclusión sino también el de interdicción de la dilación indebida (derecho a ser juzgado en un plazo razonable), los cuales se basan en el respeto a la seguridad jurídica y la necesidad de una pronta y célere decisión del conflicto penal, que incluya el derecho del imputado de liberarse del estado de sospecha como consecuencia de estar procesado; cuyo contenido es tutelado por la garantía del debido proceso.

45. Cabe destacar, también, que la acusación directa soslaya la etapa de investigación formal en mérito del convencimiento fiscal de la comisión de un delito por un determinado sujeto y en virtud de contar con las pruebas necesarias para su acreditación. En tal sentido, acusar directamente no mella la facultad del Ministerio Público, sino que puede asumirse válidamente que uno de los afectados es el imputado, dado que no le será posible solicitar la realización de ciertas diligencias en la etapa de investigación preparatoria. Y sin embargo, en el caso, es el imputado quien cuestiona que se haya declarado la improcedencia de la acusación directa. La lógica de su reclamo, con toda razón, se sostiene en su derecho de ser juzgado en un plazo razonable.

46. Por ende, la nulidad dispuesta por el Tribunal Superior en la sentencia de vista del 8 de agosto de 2018 únicamente debió extenderse hasta el juicio oral que originó la sentencia del 20 de noviembre de 2017. No había necesidad de anular las actuaciones anteriores que ya habían precluido y que no fueron objeto de censura en la primera sentencia de vista emitida. Por tanto, es evidente que en este en caso concreto se han transgredido los principios de preclusión y razonabilidad del plazo; cuyas afectaciones se asimilan a la infracción del debido proceso, cuyo contenido es tutelado por la causal casacional prevista en el inciso 1, del artículo 429, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

- I. Declarar **FUNDADO**, en parte, el recurso de casación interpuesto por el recurrente **GERARDO AGUSTÍN PASTOR PEREA** contra la sentencia de vista del 8 de agosto de 2018, emitida por la Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró: **(i)** nula la sentencia de primera instancia del 20 de noviembre de 2017, que absolvió al citado sentenciado de la acusación directa formulada en su contra por la comisión del delito de peculado, en agravio del Estado (Municipalidad Distrital de Samuel Pastor); **(ii)** insubsistente el juicio oral y la etapa intermedia; **(iii)** improcedente la acusación directa; y **(iv)** ordenó que la Fiscalía disponga lo que corresponda conforme a ley. En consecuencia, **CASARON** la citada sentencia de vista en el extremo que declaró insubsistente la etapa intermedia e improcedente la

acusación directa y, actuando en sede instancia, únicamente declararon nula la sentencia de primera instancia del 29 de noviembre de 2017 y ordenaron que se realice un nuevo juicio oral, para cuyo efecto deberá ordenarse, previamente, la elaboración de otra pericia contable.

- II. **DISPONER** que la presente sentencia se lea en audiencia pública, se notifique a las partes apersonadas a esta sede suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- III. **MANDAR** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen, se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema y se haga saber.

Intervino el juez supremo Bermejo Rios por licencia del juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.
BROUSSET SALAS
CASTAÑEDA OTSU
PACHECO HUANCAS
GUERRERO LÓPEZ
BERMEJO RIOS

IEPH/ersp