

SENTENCIA CASACIÓN N.º 2114-2019/AYACUCHO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Control de acusación. Ámbito

Sumilla. **1.** Del acta de la audiencia preliminar se desprende, primero, que se instó a las partes –fiscal y defensor del acusado– precisiones acerca de los medios de investigación justificativos de sus respectivas pretensiones (de acusación y de sobreseimiento); segundo, que el imputado intervino activamente a mérito de las preguntas que sobre el caso formulaba el juez; y, tercero, que se ofreció prueba documental de descargo y se explicó su contenido y consecuencias probatorias (pertinencia y relevancia). **2.** El examen del juez, formulando preguntas a las partes procesales y exigiendo los debidos esclarecimientos y aclaraciones para concretar sus respectivas postulaciones en orden a la causa de pedir y petitorio concretos, así como al mérito de un medio de prueba determinado, en especial del contenido de un documento, no vulneró ninguna norma principio y norma regla. **3.** El control de la acusación es tanto formal como sustancial. Lo formal está circunscrito al examen del cumplimiento de los requisitos formales conforme al artículo 349 del CPP, y referidos a la existencia de fundamentación fáctica (relato de los hechos punibles y cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados por el delito), de calificación jurídica de los hechos, de legitimación pasiva (nivel de intervención delictiva del imputado o imputados, y la precisión de las personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa), de petición de pena, y de proposición de prueba y otras peticiones. Lo sustancial, en cambio, está referido a si existe “sospecha suficiente”, en los términos del artículo 344, numeral 1, del CPP, de que el imputado ha cometido un hecho punible –se trata de una valoración provisional del hecho–y, de ser así, admite la acusación para el juicio oral; el órgano jurisdiccional no toma posición sobre el contenido de la acusación; y, por ello, en el juicio el fiscal da cuenta de su acusación, no se lee el auto de enjuiciamiento. **4.** La sospecha suficiente se presenta cuando, desde una evaluación provisoria del hecho, la condena del imputado debe resultar probable (más probable que la absolución). Este nivel de sospecha apunta a una probabilidad prevalente y consiste en que los elementos de investigación sustentan la hipótesis acusatoria por encima de otras hipótesis alternativas, en este caso de la defensa; probabilidad que sin duda es menor que la clara y convincente evidencia –propia de la prisión preventiva– y de la probabilidad más allá de toda duda razonable propia para una sentencia condenatoria (aunque, en pureza, como explicara Ferrer Beltrán, se trata de descartar toda hipótesis alternativa razonable y afirmar la solidez y completitud de la prueba de cargo)–.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, tres de noviembre de dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR ESPECIALIZADOS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE AYACUCHO contra el auto de vista de fojas cuatrocientos treinta y seis, de treinta de setiembre de dos mil diecinueve, que confirmando el auto de primera instancia de fojas cuatrocientos tres, de dieciocho de junio de dos mil diecinueve, declaró el

sobreseimiento de la causa seguida contra Fidel Canales Huayllasco por delito de peculado en agravio del Estado; con todo lo demás que al respecto contiene. Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación fiscal de fojas uno, de veinte de diciembre de dos mil diecisiete, subsanada a fojas ciento sesenta y uno, de doce de noviembre de dos mil dieciocho, y fojas doscientos treinta y tres, de seis de mayo de dos mil diecinueve, los hechos objeto del proceso penal estriban en lo siguiente:

∞ 1. *RESPECTO AL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE*

- A.** El imputado FIDEL CANALES HUAYLLASCO, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Iguain, transgredió el artículo 7.2 de la Ley 28411 “Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto”, el artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades y el primer párrafo del artículo 242 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en concordancia con los acuerdos establecidos en el Convenio específico suscrito entre el Gobierno Regional de Ayacucho y la Municipalidad Distrital de Iguain, específicamente la cláusula sexta del referido documento, así como quebrantó las obligaciones y responsabilidades establecidas en la cláusula octava del Convenio específico entre el Gobierno Regional de Ayacucho, la Municipalidad Distrital de Iguain y el Comité de la Obra “Sistema de Riego Presurizado Iguain”, que señala “Octavo: Obligaciones y responsabilidad del ejecutor: Ejecutar la obra de acuerdo al Expediente Técnico y concordante con la cláusula 8.2 del convenio señalado, que refiere ‘Designar el residente de obra’”. En tal virtud, se interesó indebidamente y de forma directa en provecho de Vladimir Sicha Pino para concretar su designación como residente de obra. En efecto, como titular del presupuesto y teniendo la atribución de designar al residente de obra, suscribió el “contrato de prestación de servicios como residente de obra No 302007-MDI/A”, de veintiocho de setiembre de dos mil siete, por el que designó al citado VLADIMIR SICHÁ PINO para que preste servicios profesionales de ingeniero civil como residente de la obra: “Sistema de riego presurizado de Iguain”, e inmediatamente ratificó dicha contratación mediante la Resolución de Alcaldía 038-2007-MDUA, de veintinueve de setiembre de dos mil siete. Es del caso que el citado VLADIMIR SICHÁ PINO era un profesional no idóneo para ejecutar una obra de sistema de riego presurizado, pues, conforme al oficio 2368-2014-MP, de once de agosto de dos mil catorce, y atento al oficio 222-2014-CIP-CDA/D, de veintidós de agosto de dos mil catorce, se determinó que el perito especializado para

efectuar una pericia sobre una obra de Sistema de Riego Presurizado corresponde a la competencia de un Ingeniero Agrícola. De suerte que contrató los servicios de un profesional no calificado para la realización de la obra cuestionada, en tanto en cuanto era de competencia de un ingeniero agrícola, no de un ingeniero civil, como lo era VLADIMIR SICHA PINO. Por lo demás, conforme a las Bases Administrativas del Proceso de Selección AMC 001-2010 “Contratación de Servicios de Capacitación de Riego Presurizado en Seis Comunidades de Ámbito del Distrito de Iguaín – Huanta – Ayacucho”, convocado por la Municipalidad Distrital de Iguaín en el año dos mil diez, ítem Diez “Requerimientos Técnicos Mínimos”, el requisito mínimo era ser una persona natural ingeniero agrícola con experiencia profesional en diseño, ejecución y operación de sistema de riego presurizado, así como experiencia probada mayor a cuatro (04) años en la preparación o supervisión de proyectos o diseños y/o instalación de sistema de riego tecnificado. Esta cláusula evidenció que el alcalde FIDEL CANALES HUAYLLASCO tenía pleno conocimiento que el profesional idóneo para avocarse a la ejecución y operación de la aludida obra era un ingeniero agrícola, pese a lo cual, con el objeto de favorecer a un tercero –que cabe resaltar es su amigo–, contrató a un ingeniero civil. Aunado a ello, se advirtió la propuesta presentada por la empresa ECO RIESGOS E.I.R.L. a la Municipalidad agraviada (empresa contratada por la Municipalidad Distrital de Iguaín representado por el imputado FIDEL CANALES HUAYLLASCO a fin de realizar la capacitación en el manejo de Riego Presurizado del Distrito de Iguaín de la obra a ejecutarse), la cual adjuntó un “Manual de Riego por Aspersión”, que pertenece a la Escuela de Formación Profesional de Ingeniería Agrícola y de autoría del ingeniero agrícola Juan Héctor Osorio Clemente (ingeniero agrícola contratado para capacitar en la obra de riego presurizado al ser esta su especialización), así como diversos contratos suscritos con otras entidades del Estado para la ejecución de obras de riego presurizado. Ello revela que, dada la naturaleza de la obra a ejecutar, resultó evidente que la Municipalidad, a través de su alcalde, el encausado FIDEL CANALES HUAYLLASCO, debió requerir la contratación de un especialista en la materia, pero se interesó indebidamente en este contrato para designar a VLADIMIR SICHA PINO, quien como ya se indicó, es su amigo. Esta conducta generó un riesgo de ejecución deficiente de la citada obra puesto que el residente de Obra, quien viene a ser el director y responsable directo de la ejecución de la obra, no era el especialista adecuado.

- B.** El riesgo señalado *up supra* se concretó finalmente en una ejecución deficiente de la obra. A consecuencia de la contratación de VLADIMIR SICHA PINO como residente de Obra del Proyecto “Construcción del sistema de riego presurizado Iguaín – Provincia de Huanta – Departamento de Ayacucho”, éste, durante la ejecución de la obra, quebrantó las

obligaciones establecidas en la cláusula 5.2 del contrato 030-2007-MDI/A, de veintiocho de setiembre de dos mil siete, que dio como resultado una deficiente ejecución de la obra. Al no ser especialista en la materia, no pudo advertir las incompatibilidades del expediente técnico con el terreno de obra ni tampoco las irregularidades que pudo haber tenido, pues en el Expediente Técnico no estaban diseñadas las instalaciones sobre planos parcelarios de los beneficiarios, y era un proyecto sobredimensionado por existir insuficiente recurso hídrico para el total de las hectáreas y con serias deficiencias técnicas y excesivas presiones en las tuberías. Los hechos anteriormente descritos determinaron la deficiencia de la obra y que hasta la fecha no funcione de manera adecuada. Además, luego de haberse concluido la obra, no se emitió informe de liquidación final, y pese a que han existido observaciones, éstas no fueron subsanadas por VLADIMIR SICHA PINO. La obra a la fecha no funciona. Por último, el imputado FIDEL CANALES HUAYLLASCO tenía la responsabilidad, como titular del Municipio, de entablar una acción legal contra los responsables de la ejecución de dicha obra, pese a lo cual no efectuó acción alguna al respecto.

∞ **2. EN CUANTO AL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN**

- A.** Durante los años dos mil siete, dos mil ocho y dos mil nueve se ejecutó la obra “Construcción del sistema de riego presurizado de las comunidades de Cora Cora, Hospital Pampa, Antarumi, Llacta, Huymay Cofradía, Paccay y Musuccllaccta – distrito de Iguain – provincia de Huanta – departamento de Ayacucho”. El alcalde era el encausado FIDEL CANALES HUAYLLASCO, el residente de obra era VLADIMIR SICHA PINO y el supervisor de obra era ROLANDO PAREDES PAREDES. El presupuesto ejecutado de la obra ascendió a dos millones trescientos diez mil doscientos cuarenta y un soles con cuatro céntimos.
- B.** El encausado CANALES HUAYLLASCO, como alcalde de la Municipalidad Distrital de Iguain, transgredió el artículo 7.2 de la Ley 28411 “Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto del Sistema Nacional de Presupuesto” y el artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades, y aprovechó que era titular del Presupuesto, conforme a la Resolución de Alcaldía 052-2010-ACL-MDI/HTAJAYA, de diez de setiembre de dos mil siete, para auto-designarse responsable del manejo de la Municipalidad Distrital de Iguain por encargo del Gobierno Regional de Ayacucho, a fin de realizar la ejecución de la obra “Construcción del Sistema de Riego Presurizado – Huanta”, y, en esa condición, se apropió de la suma de ciento cincuenta y siete mil cuatrocientos siete soles con veinticinco céntimos que correspondían a la ejecución de la obra “Construcción del sistema de riego presurizado de las comunidades de Cora Cora, Hospital Pampa, Antarumi,

Llacta, Huymay Cofradía, Paccay y Musuccllaccta – distrito de Iguain – provincia de Huanta – departamento de Ayacucho”.

- C.** El Residente de Obra, VLADIMIR SICHA PINO, en la memoria descriptiva del mes de abril de dos mil ocho del proyecto antes mencionado, informó a la supervisión del citado proyecto, que “(...) Al verificar la conciliación bancaria del veintinueve de febrero de dos mil dieciocho, se detecta que existe un cheque por ciento cincuenta y siete mil cuatrocientos siete soles con veinticinco céntimos girado el veintiocho de febrero de dos mil ocho, sin autorización de pago por esta supervisión y más aún cuando la obra estuvo paralizada, motivo por el cual se solicita mediante Carta N° 008-2008GRA/GRI-SGSL-RPP, dirigido al Sr. alcalde del Distrito de Iguain a fin de que remita la sustentación de gastos de los meses febrero y marzo no teniendo respuesta alguna”. En ese mismo informe recomendó que la Municipalidad Distrital de Iguain realice la devolución de dinero por el referido monto, porque no fue autorizado para efectuar pagos y más aún por encontrarse paralizada la obra los meses de febrero y marzo. Lo expuesto se confirma **(i)** con el comprobante de pago 261-A, de dieciséis de junio de dos mil dieciocho, por la suma de ciento cincuenta y siete mil cuatrocientos siete soles con veinticinco céntimos; **(ii)** con la conciliación bancaria de veintinueve de febrero de dos mil ocho, en cuyo contenido se consignó que el veintiocho de febrero de dos mil ocho mediante CP 42, Cheque 37776380; y, **(iii)** con la transferencia de cuenta a cuenta con abono según código de cuenta interbancaria 0021991000603394101356 con cargo a la cuenta 0405-022663 (Meta Adquisición de Maquinara Agrícola), por la que se desembolsó a favor de Consorcio Ferrero del Sur Empresa Individual de Responsabilidad Limitada la suma de ciento cincuenta y siete mil cuatrocientos siete soles con veinticinco céntimos, como la operación veintiocho (28) –última operación del día–. En su mérito, con fecha catorce de mayo de dos mil ocho, mediante oficio 388-2008-GRA/GGGRDS, el Gerente Regional de Desarrollo Social, Hugo García Godos León, solicitó al alcalde de la Municipalidad Distrital de Iguain la devolución de la indicada suma al haber afectado indebidamente los fondos del proyecto, bajo apercibimiento de ser tomado como apropiación ilícita.
- D.** El veintidós de mayo de dos mil ocho MERCEDES PRADO ENCISO, contador IV del Gobierno Regional de Ayacucho, emitió el Informe 028-200 GRA/GG-MPE, dirigido al Gerente General del Gobierno Regional de Ayacucho, Johnny O. Angulo Ríos, por el que señaló lo siguiente: “presuntas irregularidades Municipalidad Distrital de Iguain (...) a horas diez de la mañana, me entrevisté con los señores Fidel Canales Huayllasco, Alcalde (...) con la finalidad de ilustrar razones del por qué, se efectuaron gastos no relacionados a los fines y objetivos del proyecto. Al respecto manifestaron, que fue un error involuntario que se ha efectuado el pago con presupuestos por ENCARGOS entre el GRA y la Municipalidad Distrital

de Iguain, que corresponde al proyecto "Sistema de Riego Presurizado" el importe de ciento cincuenta y siete mil cuatrocientos siete soles con veinticinco céntimos con fecha dieciocho de mayo de dos mil ocho, por la compra de un tractor de la empresa IPESA y se comprometieron mediante Acta de compromiso, en devolver los fondos hasta el día veintisiete de mayo de dos mil ocho a la cuenta corriente N° 405-004887 con cheque N° 37776380 y pese a haber transcurrido más de dos meses no se da solución al hecho irregular". En tal virtud, por oficio 073-2008.M.D.I-HTA, de veintisiete de mayo de dos mil ocho, FIDEL CANALES HUAYLLASCO comunicó al Gerente General de Desarrollo Social del Gobierno Regional de Ayacucho que realizó la devolución de la suma cuestionada de la cuenta de la Municipalidad Regional de Ayacucho, a la cuenta de la Municipalidad Distrital de Iguain, adjuntado el comprobante de depósito en cuenta corriente de veintisiete de mayo de dos mil ocho.

- E.** En consecuencia, el referido cheque fue girado, sin autorización de pago, a nombre de FIDEL CANALES HUAYLLASCO en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Iguain, quien teniendo el dinero en su poder recién, a razón de la carta 008-2008-GRA/GR-SGSL-RPP, devolvió el mismo el veintisiete de mayo de dos mil ocho –tres meses después– mediante el Oficio 073-2008-GRA/GG-MPE, de veintidós de mayo de dos mil ocho. El dinero en cuestión fue utilizado para el pago de la compra de un tractor de la empresa IPESA. Sin embargo, de acuerdo al comprobante de pago 261-A, el importe fue girado para el pago de dicho tractor recién el dieciséis de junio de dos mil ocho, con lo que se descarta que dicho dinero fue utilizado para el pago según mencionó el imputado, puesto que lo hizo a raíz de que el Gobierno Regional intervino por irregularidades en el manejo financiero, tal como concluyó MERCEDES PRADO ENCISO en el Informe 028-2008GRA/GG-MPE, de veintidós de mayo de dos mil ocho.
- F.** Merced a la intervención del Gobierno Regional de Ayacucho, se logró recuperar dicho monto.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite del proceso, se tiene lo siguiente:

1. La acusación de fojas una, de veinte de diciembre de dos mil diecisiete, subsanada a fojas ciento sesenta y uno, de doce de noviembre de dos mil dieciocho, y fojas doscientos treinta y tres, de seis de mayo de dos mil diecinueve, atribuyó al encausado FIDEL CANALES HUAYLLASCO, la comisión, en calidad de autor, de los delitos de negociación incompatible y peculado doloso por apropiación, y requirió que se le imponga como penas ocho años y ocho meses de privación de libertad, y ocho años y ocho meses de inhabilitación.
2. Por resolución número once, el Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Supraprovincial Especializada de Delitos de Corrupción de

funcionarios señaló fecha de audiencia de control de acusación el diez de diciembre de dos mil dieciocho. La misma que se reprogramó en varias oportunidades y finalmente se llevó a cabo el dieciocho de junio de dos mil diecinueve [fojas trescientos noventa y siete].

3. En dicha audiencia de control de la acusación, corriente a fojas cuatrocientos tres, de dieciocho de junio de dos mil diecinueve, el Juez efectuó preguntas al Fiscal y al abogado defensor sobre los elementos de convicción de los delitos atribuidos al imputado FIDEL CANALES HUAYLLASCO, así como al propio encausado, y emitió la resolución numero veintinueve, por la que declaró fundado la solicitud de sobreseimiento formulado por la defensa del encausado CANALES HUAYLLASCO por los delitos de negociación incompatible y peculado doloso por apropiación en agravio de la Municipalidad Distrital de Iguaín.
4. El representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación mediante escrito de fojas cuatrocientos quince, de veintiuno de junio de dos mil diecinueve.
5. Admitido el recurso de apelación, elevada la causa al Tribunal Superior y culminado el trámite impugnativo, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho profirió el auto de vista de fojas cuatrocientos treinta y seis, de treinta de septiembre de dos mil diecinueve, que confirmó el auto de primera instancia en todos sus extremos.
6. Contra este auto de vista el representante del Ministerio Público promovió recurso de casación.

TERCERO. Que el señor Fiscal Superior en su escrito de recurso de casación de fojas cuatrocientos setenta y cuatro, de veintiocho de octubre de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1 y 5, del Código Procesal Penal). Afirmó, de un lado, que se inobservó el artículo 351, numeral 1, Código Procesal Penal; y, de otro lado, que el Tribunal Superior se apartó de la línea jurisprudencial que habilita el enjuiciamiento cuando exista duda.

∞ Pidió, desde acceso excepcional al recurso de casación, que se establezcan los límites del control sustancial de la acusación, si es posible en la audiencia preliminar de control de acusación examinar al imputado y si uno de los objetivos de esta audiencia es disipar dudas sobre la realidad del delito y la presunta responsabilidad penal del acusado.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y cinco, de veinticinco de junio de dos mil veinte, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. La causal de quebrantamiento de precepto procesal: artículo 429, numeral 2, del Código Procesal Penal.
- B. El ámbito del examen casacional se circunscribirá a los límites del control sustancial de la acusación, a lo que se debe entender por sospecha suficiente y a lo que puede examinar el juez en sede del procedimiento intermedio.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios–, se expidió el decreto de fojas cincuenta y seis, de veintisiete de setiembre último.

SEXTO. 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 Edtih Alicia Chamorro Bermúdez, y la defensa del encausado Canales Huayllasco, doctor Oswaldo Sánchez Salgado.

SÉPTIMO. 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. Efectuado ese día, se realizó 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 la nota característica específica de la audiencia preliminar de control de acusación, entendida como una audiencia de alegaciones respecto del material investigativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 351, numeral 1, del Código Procesal Penal (en adelante, CPP); y, en el examen judicial del estándar de prueba que justifica la apertura del plenario, según lo establecido en el artículo 344, numeral 1, CPP, en concordancia con los artículos 352, numeral 4, y 344, numeral 2, del citado Código.

SEGUNDO. Que, ahora bien, el artículo 351, numeral 1, CPP, en su última oración estipula que en la audiencia preliminar de control de acusación: “*No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental [...]*”. Es decir, como se trata de una audiencia de argumentaciones en orden a las solicitudes tanto de la acusación como de las previstas en el artículo 350 CPP, no es posible la actuación o ejecución de medios de prueba, salvo la sola presentación de prueba documental.

∞ En el presente caso, del acta de la audiencia preliminar se desprende, primero, que el juez instó a las partes –fiscal y defensor del acusado, incluso al

actor civil– precisiones acerca de los medios de investigación justificativos de sus respectivas pretensiones (de acusación y de sobreseimiento); segundo, que el imputado intervino activamente a mérito de las preguntas que sobre el caso formulaba el juez; y, tercero, que se ofreció prueba documental de descargo y se explicó su contenido y consecuencias probatorias (juicios de pertinencia y relevancia).

TERCERO. Que la intervención activa del juez, formulando preguntas a las partes procesales y exigiendo los debidos esclarecimientos y aclaraciones para concretar sus respectivas postulaciones en orden a la causa de pedir y petitório concretos, así como al mérito de un medio de prueba determinado, en especial del contenido de un documento destinado a servir como prueba documental, no vulneró ninguna norma principio o norma regla. Es obvio que, en estos supuestos, específicamente tratándose de documentos, para su evaluación el juez ha de tener en cuenta *(i)* el alcance, *(ii)* la interpretación –desde la semiótica textual, que estudia la coherencia del texto que contiene un documento, tanto desde una perspectiva global de todo el escrito, como frase por frase, teniendo en cuenta no solamente el sentido literal del escrito, sino también la cultura o ideología del autor, y además, a efectos probatorios, su relación con otros medios de prueba, en orden a su contextualización y la modalidad del escrito [conforme: NIEVA FENOLL, JORDI: *Derecho Procesal II. Proceso Civil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 205-206]–, y *(iii)* las consecuencias probatorias pertinentes de los medios de investigación.

∞ En el presente caso estos límites no han sido rebasados ni se desnaturalizó la audiencia preliminar de control de la acusación. No se realizó ejecución de prueba alguna (solo autorizada para el plenario). El juez intervino, conforme a su rol de dirección material de la audiencia, para instar esclarecimientos puntuales sobre los hechos o cargos y obtener explicaciones sobre el material probatorio. La intervención del propio encausado no está prohibida –puede o no asistir a la audiencia–; él es una parte procesal y, como tal, puede realizar su defensa material y ésta, en el presente caso, importa exponer todo aquello que desde una lógica meramente informativa signifique la aportación de algún dato o pormenor que permita al juez conocer mejor el punto debatido.

∞ Por consiguiente, el recurso de casación, en este capítulo, no puede prosperar.

CUARTO. Que, por otra parte, el control de la acusación es tanto formal como sustancial. Lo formal está circunscripto al examen del cumplimiento de los requisitos formales conforme al artículo 349 CPP, y referidos a la existencia de *(i)* fundamentación fáctica (relato de los hechos punibles y cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados por el delito –cuando corresponda–), *(ii)* de calificación jurídica de los hechos, *(iii)* de legitimación pasiva (nivel de intervención delictiva del imputado o imputados, y la precisión de las personas

que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa), (iv) de petición de pena, y (v) de proposición de prueba y otras peticiones [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, 3ra. Edición, Navarra, 2019, pp. 793-798). Lo sustancial, en cambio, está circunscripto a establecer si existe “sospecha suficiente”, en los términos del artículo 344, numeral 1, del CPP, de que el imputado ha cometido un hecho punible –se trata de una valoración provisional del hecho, como explica KLAUS VOLK [*Curso Fundamental de Derecho procesal penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 235]–, por lo que, de ser así (si la sospecha es suficiente), el órgano jurisdiccional admite la acusación para el juicio oral; en este ámbito analítico el juez no toma posición sobre el contenido de la acusación; y, por ello, en el juicio el fiscal da cuenta de su acusación (ex artículo 371, numeral 2, CPP), no se lee el auto de enjuiciamiento [ROXIN, CLAUS– SCHÜNEMANN, BERND: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 497-498]. Este presupuesto sustancial exige, entonces, que la pretensión acusatoria goce de “razonabilidad” –que, en suma, sea fundada–; es decir, que concurren elementos de convicción –o, mejor dicho, elementos de investigación derivados del material investigativo acopiado– que revelen que han sucedido los hechos y que en ellos ha participado el acusado; y que revistan caracteres delictivos (STSE 66/2014, de 11 de febrero). ∞ En el presente caso, en lo esencial, se consideró que no existía sospecha suficiente, solo sospecha reveladora (ex artículo 336, numeral 1, del CPP) [ver: folio quince, segundo párrafo, del auto de vista]; esto es, un grado menor de sospecha que solo justifica la iniciación del procedimiento de investigación preparatoria. También se estimó que uno de los hechos era atípico.

QUINTO. Que la sospecha suficiente se presenta cuando, desde una evaluación provisoria del hecho, la condena del imputado resultaría probable o previsible por existir buenas razones para estimar que se verificará o sucederá (más factible que la absolución). Este nivel de sospecha apunta a una “probabilidad prevalente” y consiste en que los elementos de investigación sustentan la hipótesis acusatoria por encima de otras hipótesis alternativas, en este caso de la defensa; probabilidad que sin duda es menor que la clara y convincente evidencia –propia de la prisión preventiva– y que la probabilidad más allá de toda duda razonable propia para una sentencia condenatoria (aunque, en pureza, como explicara FERRER BELTRÁN, en este último caso se trata de que, finalmente, se descartó toda hipótesis alternativa razonable y, por tanto, se afirmó la solidez y completitud de la prueba de cargo)– [IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN: *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Ediciones ARA–Olejnisk, Lima–Santiago, 2018, p. 75].

SEXTO. Que, en el *sub judice*, se tienen dos cargos concretos por dos hechos distintos pero conexos: (i) el referido a la contratación del residente de obra

(delito de negociación incompatible), y (ii) el circunscripto a la apropiación de la suma de ciento cincuenta y siete mil cuatrocientos siete soles con veinticinco céntimos (delito de fraude doloso).

∞ En orden al delito de negociación incompatible, se tiene presente, como datos de hecho aceptados por todos, la amistad existente entre el encausado y el contratado, y el que este último (Vladimir Sicha Pino) era ingeniero civil, no ingeniero agrícola. Si bien se produjo un procedimiento de contratación, el imputado, en razón a la amistad con el beneficiado, estaba en condiciones de saber que era ingeniero civil y que, según las Bases Administrativas del Proceso de Selección, se requería de un ingeniero agrícola, que es la rama de la ingeniería dedicada, entre otros, a la ejecución y operación de sistemas de riego presurizados (así lo informó el Colegio de Ingenieros en su oficio 222-2014-CIP-CDA/D). Dicho encausado, además, en virtud a la documentación existente estaba en la posibilidad de advertir esta falta de idoneidad profesional para el encargo materia de contratación. A ello se aúna que, finalmente, la obra se realizó defectuosamente y, por ello, no es utilizable hasta la fecha, según la información de la Municipalidad.

∞ El perfil profesional del especialista materia de contratación estaba indicado en las bases administrativas. Por lo demás, lo que se reprocha es la contratación de un profesional que no era ingeniero agrícola (Vladimir Sicha Pino), contratación en la que no era ajeno el imputado en razón a su cargo y al vínculo de amistad con aquél, más allá de la existencia de un proceso de selección que obviamente no cumplió su objetivo de declarar la buena pro a favor de un profesional idóneo para el tipo de servicios requerido y que el imputado estaba en condiciones de advertir.

∞ En todo caso, es claro que una fuente que define el rol competencial del imputado, desde la legislación administrativa, son las bases administrativas del proceso de selección, en la que por mandato legal se traza el perfil del profesional requerido para la prestación de un servicio determinado, debidamente aprobadas, por lo que su incumplimiento genera el pertinente reproche jurídico. El relato defensivo acerca de que el imputado no intervino en el proceso de selección y que no era de su competencia designarlo, debe ser examinado a la luz de las competencias del alcalde –de su rol institucional– y de las pruebas aportadas a la causa, y al hecho de que él perfeccionó el acuerdo del Comité respectivo y finalmente autorizó la contratación.

∞ Existe, entonces, por lo menos probabilidad prevalente y, por ello, correspondía dictar el auto de enjuiciamiento. El Tribunal Superior, al sostener que no existe ninguna normativa o reglamento que determine de manera precisa el perfil profesional que se requería como residente de obra, incurrió en un *error iuris* referido al elemento típico del delito de negociación incompatible: interesarse indebidamente por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo: ex artículo 399 del Código Penal; y, en una apreciación equívoca de la

relevancia típica de las bases administrativas del proceso de selección y su relevancia típica (ver: numeral 4.11 de la sentencia de vista, folio diecisiete).

SÉPTIMO. Que, en relación al delito de peculado por apropiación, se tiene que con el dinero destinado al Proyecto “Sistema de Riego Presurizado” se pagó la adquisición de un tractor en fecha veintiocho de febrero de dos mil ocho a la empresa Consorcio Ferretero del Sur EIRL o IPESA. Esta situación fue constatada por el Gobierno Regional de Ayacucho el veintiuno de mayo de dos mil ocho, lo que determinó que el imputado y la tesorera de la Municipalidad agraviada se comprometieran a realizar la devolución correspondiente a la cuenta pertinente alegando que se trató de un “error involuntario”. Conforme al oficio 076-2008-ALC-MDI/HTA/AYAC, de veintisiete de mayo de dos mil ocho, cursado por el imputado al Gobierno Regional de Ayacucho, se habría cumplido con la devolución del dinero en cuestión. Según los documentos presentados en la audiencia preliminar por la defensa del imputado, el monto cuestionado se refirió al pago de un tractor que efectivamente ingresó a la Municipalidad y la devolución de ese dinero se habría efectuado.

∞ La Fiscalía cuestionó el tiempo transcurrido desde la fecha de recepción del dinero por parte del Gobierno Regional, así como la fecha de emisión del cheque y su cobro; asimismo, discutió de dónde salió el dinero para la devolución indicada por el imputado, e impugnó la efectividad del pago a la empresa IPESA.

∞ Es evidente que se desvió el dinero destinado al Proyecto “Sistema de Riego Presurizado” –con él se pagó una adquisición ajena al Proyecto–. Es también patente que se alegó un supuesto “error involuntario”. Empero, hasta el momento no consta acreditación, para cerrar la posición procesal del imputado, de cómo y de dónde se obtuvo el dinero para la devolución y cómo ésta se concretó. No hay un informe del Órgano de Control del Gobierno Regional que dé cuenta de lo sucedido o una pericia contable que explique y justifique la devolución alegada y el procedimiento seguido al efecto, así como de su legalidad administrativa. Siendo así, es prematuro sostener que, conforme rezan los artículos 344, numeral 2, y 352, numeral 4, CPP, no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

∞ Existe pues, hasta el momento, elementos investigativos que autorizan a concluir que existe una sospecha suficiente de este cargo, una probabilidad prevalente de comisión del delito de peculado. Por tanto, el argumento del Tribunal Superior es erróneo, su motivación fue incorrecta en orden a la determinación de la sospecha suficiente del delito acusado.

OCTAVO. Que el Tribunal Superior quebrantó las normas procesales antes invocadas, atento a lo dispuesto por el artículo 294, numeral 2, CPP. Solo corresponde dictar una sentencia rescindente; y, como se trata de una nulidad

procesal, debe reponerse lo actuado al momento de cometerse el vicio, por lo que otro Colegiado Superior debe dictar la resolución que corresponda, teniendo presente y cumpliendo obligatoriamente lo expuesto en esta sentencia casatoria.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO**, parcialmente, el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR ESPECIALIZADOS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE AYACUCHO contra el auto de vista de fojas cuatrocientos treinta y seis, de treinta de setiembre de dos mil diecinueve, que confirmando el auto de primera instancia de fojas cuatrocientos tres, de dieciocho de junio de dos mil diecinueve, declaró el sobreseimiento de la causa seguida contra Fidel Canales Huayllasco por delito de peculado en agravio del Estado; con todo lo demás que al respecto contiene. **II. En consecuencia, CASARON** el auto de vista de fojas cuatrocientos treinta y seis, de treinta de setiembre de dos mil diecinueve; y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: **DISPUSIERON** que otro Colegiado Superior, previa audiencia de apelación, y tomando en cuenta obligatoriamente lo expuesto en la presente sentencia casatoria, dicte nueva resolución con arreglo a ley; con transcripción. **III. ORDENARON** se lea esta sentencia casatoria en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la Página Web del Poder Judicial; registrándose. Intervino el señor juez supremo Bermejo Ríos por vacaciones del señor juez supremo Coaguila Chávez. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

BERMEJO RÍOS

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHAVEZ

CSMC/AMON