

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**La infracción de deber vs la vulnerabilidad del bien jurídico en el delito de  
Peculado: Análisis del R.N N° 615-2015-LIMA**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

**Autora**

Karla Patricia Cardenas Veintemilla

**Revisor**

Armando Sánchez Málaga Carrillo

Lima, 2021

## RESUMEN

El presente trabajo académico tiene como objetivo principal el análisis de la autoría y participación en el delito de peculado doloso desde la posición de la Corte Suprema del Perú en el Recurso de Nulidad N° 615-2015, sobre el cual versa el proceso penal seguido contra Alberto Fujimori Fujimori por haber ordenado el desvío de fondos públicos al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) para la compra de diversos titulares de diarios nacionales, llamados “Diarios Chicha”, con el fin de favorecerlo en su campaña de reelección presidencial.

Respecto a ello, la Corte Suprema determina que Alberto Fujimori Fujimori no puede ser autor del delito de peculado, dado que como delito de infracción de deber requiere la existencia de un deber positivo institucionalizado que lo vincule a ello, en ese sentido, en su condición de Presidente de la República, no presenta ningún deber establecido respecto a la administración o custodia de los caudales del SIN.

La metodología empleada requirió la revisión y análisis de jurisprudencia nacional, así como de doctrina extranjera y nacional relevante para la materia tratada. Tras el desarrollo se concluye que dada la postura asumida por el Tribunal Supremo siempre tendríamos que remitirnos a un deber específico indentificado que le compete al funcionario público para ser imputado como autor de peculado. No obstante, esta posición no resulta la más adecuada y genera que se vuelva una imputación administrativa de un delito y no sea coherente con la protección de bienes jurídicos establecida en nuestro ordenamiento penal.

**Palabras clave:** Peculado doloso, delito de infracción de deber, autoría y participación, funcionario público, deber positivo institucionalizado, “Diarios Chicha”.

## **ABSTRACT**

The main objective of this academic paper is the analysis of the authorship and participation in the crime of intentional “embezzlement” from the position of the Supreme Court of Peru in the Nullity Appeal N° 615-2015, which is the subject of the criminal proceedings against Alberto Fujimori Fujimori for having ordered the diversion of public funds to the National Intelligence Service (SIN) for the purchase of various headlines in national newspapers, called "Diarios Chicha", in order to favor him in his presidential reelection campaign.

In this regard, the Supreme Court determines that Alberto Fujimori Fujimori cannot be the perpetrator of the crime of “embezzlement”, since as a crime of breach of duty he requires the existence of a positive institutionalized duty that links him to it, in this sense, as President of the Republic, it does not present any established duty regarding the administration or custody of SIN funds.

The methodology used required the review and analysis of national jurisprudence, as well as foreign and national doctrine relevant to the subject matter. After the development it is concluded that given the position taken by the Supreme Court we would always have to refer to an identified specific duty that belongs to the public official to be charged as the perpetrator of “embezzlement”. However, this position is not the most ADE and generates that it becomes an administrative imputation of a crime and is not consistent with the protection of legal assets established in our penal system.

**Keywords:** Intentional “embezzlement”, crime of violation of duty, authorship and participation, public official, institutionalized positive duty, "Diarios Chicha".

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>JUSTIFICACIÓN</b> .....	9
<b>I. El delito de peculado desde jurisprudencia de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N°615-2015-LIMA</b> .....	10
<b>I.1 Desarrollo de los hechos materia del proceso penal</b> .....	10
<b>I.2 Problemas jurídicos identificados en el RN 615-2015</b> .....	13
<b>II. Elementos del delito de peculado para el análisis de los problemas jurídicos del Recurso de Nulidad N°615-2015-LIMA</b> .....	14
<b>II.1 El bien jurídico protegido en el delito de peculado</b> . ....	14
<b>II.2 El peculado como delito especial: el funcionario o servidor público</b> . ....	21
<b>II.3 El vínculo especial entre el funcionario y caudal público</b> . ....	26
<b>III. Autoría y participación en los delitos especiales</b> . ....	27
<b>III.1 Teoría del dominio del hecho</b> .....	27
III.1.1 Teoría de la ruptura del título de imputación. ....	29
III.1.2 Teoría de la unidad del título de imputación. ....	30
<b>III.2 Teoría de la infracción de deber</b> . ....	31
III.2.1 Tesis de Claus Roxin. ....	31
III.2.2 Tesis de Günther Jaboks. ....	37
<b>III. 3 Teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico en los delitos especiales</b> . 46	
<b>IV. Análisis de la teoría de infracción de deber aplicada por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA</b> .....	52
<b>IV.1 La teoría de la infracción del deber desde la tesis de la Corte Suprema</b> . ...	53
<b>IV.2 Consecuencias y apreciación crítica de la posición de la Corte Suprema</b> ... 62	
<b>V. CONCLUSIONES</b> . ....	64
<b>VI. RECOMENDACIONES</b> .....	66
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	68

## INTRODUCCIÓN

La corrupción responde a múltiples factores, por un lado, representa una problemática global influenciada por la globalización con determinados elementos en común, pero; por otro lado, es importante considerar que cada región dentro de una nación puede también experimentar actos de corrupción desde diferentes posiciones y contextos.

Si partimos de esta premisa, cualquier análisis que hagamos respecto de un caso de corrupción servirá, no solo para quedarnos con el desarrollo de un fallo judicial, que claramente va a repercutir en nuestro ordenamiento nacional, sino también nos ayudará a reflexionar frente a esta problemática desde diferentes sectores, lo permitirá enfocarnos no solo en sancionar sino también identificar espacios para prevenirla.

Lo primero que podemos afirmar es que la corrupción en nuestro país se presenta en todos los niveles de gobierno, para ello el “Mapa de la Corrupción en el Perú” elaborado por la Defensoría del Pueblo, nos muestra los casos en curso de corrupción durante los años 2016 y 2018 y su repercusión a nivel de las regiones del país. A su vez, dicho mapa permite observar que el delito de peculado es el más recurrente entre los casos en curso, ya que representa el 34% de un total de 40 759 casos reportados en el año 2018, siendo nuestra capital y Cusco las regiones con más casos de peculado en el Perú (Defensoría del Pueblo, 2019).

Asimismo, otro informe que resulta pertinente citar son resultados obtenidos por la Contraloría General de la República en el Documento de Política de Control Gubernamental de 2020 al estudiar la corrupción y sus efectos en el patrimonio estatal, partiendo por un estudio metodológico llamado control gubernamental, que implica auditorías a las entidades públicas. En virtud de este análisis, enfocado en una valorización efectuada a través de servicios posteriores de control al perjuicio existente, la Contraloría llegó a concluir que “se identificó que alrededor del 15% de la ejecución presupuestaria se habría perdido en un año por este fenómeno, identificando variaciones importantes entre niveles de gobierno, por sector institucional y por tipos de gasto (...)” (p. 56)

Como podemos apreciar la corrupción afecta el patrimonio estatal, los diferentes sectores públicos y por consiguiente a la población. Sin embargo, también genera la lesión de deberes funcionales, dado que son los funcionarios públicos quienes son las máximas

autoridades de representación y tienen a cargo un deber importante como es el de velar por el correcto y regular funcionamiento de la administración pública.

Estos resultados generaron mi inquietud para analizar un caso de corrupción que si bien ha venido siendo estudiado y comentado desde el año en que se emitió la sentencia, sigue siendo de relevancia para nuestro análisis actual, ya que como podemos observar el delito de peculado representa la gran mayoría de casos que vienen siendo procesados penalmente y vincula un aspecto de lesión funcional importante a estudiar.

Dada la repercusión, este trabajo se centrará en el análisis de uno de los casos de corrupción de Peculado que involucra a un ex jefe de estado; es decir, un ex presidente de la República involucrado en cuestionables casos de corrupción, como la compra de titulares de diarios nacionales para favorecerse en su campaña de reelección presidencial durante los años 1998 al 2000.

En ese sentido, la presente investigación académica tiene como objetivo central analizar la postura tomada por la Corte Suprema, respecto a la autoría en el delito de peculado doloso, para resolver el Recurso de Nulidad N° 615 - 2015, en vinculación al proceso penal seguido contra Alberto Fujimori Fujimori por la compra de diversos titulares de diarios nacionales.

Y tras el análisis de sus fundamentos se pretende proponer a modo de aporte si es que el enfoque teórico- dogmático desarrollado por la Corte Suprema fue el más acorde a los presupuestos que vinculan una determinada teoría aplicada y si ello, genera problemas para sancionar efectivamente determinados casos de peculado.

Para el logro del objetivo planteado; en primer lugar, se partirá por un breve desarrollo de los hechos seguidos tanto a nivel procesal de la causa, como referente a los hechos que fueron materia de imputación. Asimismo, se planteará algunos de los problemas jurídicos presentes en el caso, tomando como punto de análisis la autoría en los delitos especiales.

En segundo lugar, será necesario desarrollar las principales consideraciones respecto a la regulación del delito de peculado doloso en nuestro ordenamiento. Se revisará la normativa y el desarrollo doctrinal respecto al Peculado como delito especial y la vinculación del funcionario o servidor público como sujeto activo, para después estudiar los elementos presentes en el comportamiento típico del delito y el bien jurídico protegido en el mismo.

En tercer lugar, una vez comprendido el marco en el cual se encuentra el Peculado como delito especial, será necesario centrarnos en el desarrollo de la autoría y participación de los delitos especiales, con ese propósito se analizará inicialmente la teoría del dominio del hecho, la cual fue aplicada por algunos autores para el desarrollo en los delitos especiales, pero que como veremos, trae consigo muchos inconvenientes.

Posteriormente, nos remitiremos al análisis de la teoría de la infracción del deber, la cual se presenta como una tesis diferente a la del dominio del hecho que busca resolver los problemas existentes en la autoría y participación de los delitos especiales, para ello, se tomará en consideración la tesis planteada inicialmente por Claus Roxin, para luego ser desarrollada por Günther Jakobs.

Adicionalmente, se traerá para el análisis del caso la teoría del dominio sobre la vulneración del bien jurídico, la cual plantea que la autoría de un delito especial no se basa en la infracción a un deber no penal o un deber institucionalizado, como lo prevé la teoría de la infracción del deber, sino que se trata de una posición sobre la cual se encuentra la persona respecto a la posibilidad de vulnerar el bien jurídico, se optará por desarrollar los planteamiento desde la tesis de Schünemann, llamada los delitos especiales de garante.

En cuarto lugar, luego de comprender las teorías vinculadas a la autoría en los delitos especiales, se analizará la teoría específica aplicada por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N°615-2015 para resolver el caso, se desarrollará los considerandos expuestos por la Corte Suprema al catalogar el delito de peculado doloso como un delito de infracción del deber, para luego adoptar un toma de postura y señalar cómo tal decisión pudo afectar en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la autoría en el delito de peculado.

Finalmente, se expondrán las conclusiones arribadas en el trabajo de investigación y un análisis sobre una propuesta personal, habiendo desarrollado las principales teorías para la autoría y participación en los delitos especiales, lo cual permitirá adoptar una postura respecto al análisis del proceso penal seguido contra Alberto Fujimori Fujimori, el cual terminó por absolverlo como autor del delito de peculado respecto a la compra de los titulares de los llamados “Diarios Chicha”.

La metodología empleada para el desarrollo del presente informe jurídico se basa en el análisis del Recurso de Nulidad 615-2015, para ello se realizó las siguientes actividades

cognoscitivas: i) revisión de los antecedentes del proceso penal seguido ante diferentes instancias, así como de las decisiones jurisdiccionales pertinentes para la comprensión del caso, ii) la revisión de la regulación del tipo penal de peculado doloso en nuestro ordenamiento , iii) la revisión y análisis de la jurisprudencia nacional vinculada a los temas de estudio, la iv) la revisión de doctrina extranjera y nacional dogmática especializada en la materia.

El método de análisis implica un desarrollo dogmático de las diferentes teorías vinculadas al problema de investigación, las cuales se estudiarán a la luz de los hechos relacionados al caso contenido en el R.N. N° 615-2015-LIMA, para ello, se tomará como base la figura del delito del peculado en nuestro ordenamiento, se realizará un análisis partiendo por el análisis mediante el método literal de interpretación de la norma pero a la vez buscaremos su contenido en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema contenida en el R.N. N° 615-2015-LIMA.





## **JUSTIFICACIÓN**

El caso materia de análisis, correspondiente al proceso seguido contra Alberto Fujimori Fujimori por haber presuntamente autorizado el desvío de fondos del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) para la compra de diarios locales, con el propósito de favorecerlo en su reelección presidencial durante los años 1998-2000, considero sigue siendo un tema de relevancia para el análisis doctrinal de la figura de la infracción del deber y su regulación en nuestro país.

El propósito del desarrollo del Recurso de Nulidad 615-2015/LIMA orientado a conocer los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia en relación a la autoría en el delito de peculado y a partir de ello establecer un análisis crítico a la misma, contienen temas vigentes, en tanto, el delito de peculado es el que mayor incidencia de casos presenta en nuestro país y por que la figura jurídica de la infracción del deber como fue planteada merece ser estudiada en todos sus alcances.

A su vez, como se abordará más adelante, el delito de peculado se caracteriza por su naturaleza pluriofensiva, que implica no solo un daño al funcionamiento regular de la administración pública sino que a la vez incidirá en una eficiente administración del propio patrimonio y recursos estatales, los cuales incidirán en otras esferas de la sociedad, y por lo tanto, podrán ocasionar tanto consecuencias directas e indirectas en determinados derechos de la población.

Finalmente, el estudio de los planteamientos dogmáticos desarrollados en nuestra jurisprudencia, particularmente frente a determinados elementos vinculados a los delitos especiales, en este caso, el peculado, encontrarán críticas y no una única línea doctrinal para abordarlo, es por ello, que la importancia radicaría en que se realice un análisis coherente dentro de un ordenamiento con los principios e instituciones que forman parte de ella.

## **I. El delito de peculado desde jurisprudencia de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N°615-2015-LIMA.**

### I.1 Desarrollo de los hechos materia del proceso penal.

#### Procesos conexos que dieron origen a la imputación.

Los hechos investigados se dieron a conocer a partir de unos exámenes de videos, dentro de uno de los procesos seguidos contra Vladimiro Montesinos Torres, vinculado al Expediente 010-2001-SPE/CSJL, en el cual se observa, con fecha 17 de junio de 1999, a los denunciado José Gonzales Reátegui, Luis Bedoya Vivanco en las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), sosteniendo una conversación vinculada al apoyo de los medios televisivos para la campaña municipal de Miraflores, recibiendo dinero entregado por Vladimiro Montesinos Torres.

Como consecuencia de tales hechos y tras el desarrollo del proceso penal, se condenó a Vladimiro Montesinos, mediante Sentencia de fecha 26 de enero de 2005, como autor del delito de Peculado, dejando en reserva el juzgamiento de los imputados Jose Alberto Oliveiri Augurto y otros.

Y es en el marco de lo descrito anteriormente que mediante Dictamen de fecha 23 de abril de 2001 que el Fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal Especializada decide formalizar denuncia contra José Alberto Oliveri Argurto y otros (como partícipe) del delito contra la Administración Pública- Peculado en agravio del Estado.

Es así que, en virtud del Expediente 30-2001 denominado “Caso Madre” que condenó a diversos socios y propietarios de los diarios involucrados, se logró remitir copias certificadas de las Resolución para que la Sexta Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios proceda de acuerdo a sus atribuciones.

#### Secuencia de hechos del proceso penal.

Ahora corresponde establecer un orden cronológico de los hechos contenidos en el R.N. N° 615-2015-LIMA. N° 615-2015-LIMA, los cuales se detallan a continuación:

1. El 26 de Diciembre de 2006, la Sexta Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios mediante dictamen N°41-2006 decidió iniciar investigación preliminar contra el Ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, años después, el 26 de marzo de 2008, mediante Dictamen

número 41-2008, formalizó denuncia penal por el delito contra la Administración Pública, Peculado doloso en agravio del Estado peruano.

2. El 5 de abril de 2010, el Cuarto Juzgado Penal Especial decidió abrir instrucción en la vía ordinaria contra Alberto Fujimori Fujimori, en calidad de autor por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, Peculado doloso en agravio del Estado.
3. Tras terminarse la etapa de instrucción, se remitieron los autos a la Sala Superior, remitiéndose así al despacho de la Fiscalía Superior. Es así que, mediante Dictamen Acusatorio N° 20-2012 de fecha 11 de marzo de 2013 (subsanoado con dictamen número 47-13) de fecha 28 de mayo de 2013, el Fiscal Superior formuló acusación contra Alberto Fujimori Fujimori como autor del delito contra la Administración Pública- Peculado doloso en agravio del Estado, dando inicio al juicio oral el 17 de octubre de 2014.
4. Consecuentemente, con fecha 8 de enero de 2015, la Cuarta Sala Penal Liquidadora dictó sentencia correspondiente al Expediente N°63-2009 condenando a Alberto Fujimori Fujimori como autor del delito contra la Administración Pública- Peculado doloso, en agravio del Estado, a 8 años de pena privativa de libertad efectiva y a pena de inhabilitación por el término de 3 años; fijando el monto de reparación civil que deberá abonar de forma solidaria con los condenados en la causa N°30-2001 1SPE/CSJL a favor del Estado por la suma de 3'000,000 nuevos soles.
5. Posteriormente, la defensa de Alberto Fujimori Fujimori presentó Recurso de Nulidad. Llevado a cabo el juicio, con fecha 16 de agosto de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró: Haber Nulidad en la sentencia del 8 de enero de 2015 que condenó a Alberto Fujimori Fujimori como autor del delito de Peculado doloso a 8 años de pena privativa de libertad efectiva, a pena de inhabilitación por el término de 3 años, reformándola y absolviendo al acusado.

### **Hechos imputados en el caso.**

Consecuentemente, el R.N. N° 615-2015-LIMA. N°615-2015 detalla los hechos imputados contra Alberto Fujimori Fujimori, el cual se desarrolla como sigue:

1. En virtud del Dictamen de acusación de fecha 11 de marzo de 2013, se le atribuye a Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de Presidente de la República, el haber ordenado durante los años 1998 al 2000, sin sustento legal, el desvío de fondos tanto de la Fuerza Aérea como del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional por un monto aproximado de S/. 122' 000,000.00 nuevos soles.
2. Con ese propósito, a través de los denominados “Gastos Reservados” se usaron estos fondos del Servicio de Inteligencia Nacional para comprar diversos titulares de diarios nacionales, denominados “Diarios Chicha”, para favorecerlo durante su campaña de reelección presidencial (periodo 2000-2005), con el propósito de manipular e influenciar en la opinión pública a costa de sus adversarios políticos.
3. Dado los hechos, el Ministerio Público le imputó la comisión del delito de Peculado doloso previsto en el artículo 387 del Código Penal, solicitando que se le impongan 8 años de pena privativa de libertad y 3 años de inhabilitación, al igual que el pago de una reparación civil de S/. 3'000,000.000 nuevos soles, que pagará solidariamente con los otros partícipes.
4. En la sentencia de primera instancia se analizó 2 hechos controvertidos sobre los cuales versa el desarrollo que hace la Corte Suprema, estos son: i) Si, el encausado Alberto Fujimori Fujimori, en su calidad de Presidente de la República en la fecha de los hechos, puede tener la calidad de sujeto activo del delito de peculado; y, II) Si el encausado ordenó o tuvo conocimiento del desvío de fondos públicos provenientes de la Dirección de Inteligencia de la FAP y de la Dirección de Inteligencia del Ejército hacia el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN)- fondos reservados-, para el pago de los denominados “Diarios Chicha”.

5. Respecto al primer punto, el Tribunal Supremo señaló que para atribuir responsabilidad penal tiene que existir una vinculación funcional “por razón de su cargo” respecto a la administración o de ser el caso custodia de los caudales o efectos públicos. Este aspecto encuentra su fundamento en un componente normativo que debe ser verificado en el sector donde se vincula el autor, mediante la ley de la materia- ROF, MOF, etc. Del análisis de las declaraciones y verificación de las normas respectivas, el Tribunal Supremo determinó que Alberto Fujimori Fujimori no ostentaba de vínculo funcional normativo respecto a la administración y custodia de los caudales del SIN, no pudiendo calificar como autor del delito de Peculado.
  
7. Finalmente, respecto al segundo punto, sobre si Alberto Fujimori Fujimori ordenó o tuvo conocimiento del desvío de los fondos, el Tribunal Supremo señala que el ex presidente no tuvo intervención alguna en los hechos que son materia de imputación, es así que, en base a dichos fundamentos, decidió absolver al encausado Alberto Fujimori Fujimori, declarando la nulidad de la sentencia del 8 de enero de 2015.

## I.2 Problemas jurídicos identificados en el RN 615-2015.

A partir de los hechos expuestos, el Tribunal Supremo decidió absolver al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori del delito imputado, dado que en virtud de la conducta concreta del encausado, al analizarla en virtud de la imputación objetiva, es decir, respecto a la existencia de la vinculación funcional “por razón de su cargo” concluyó expresamente que *“el recurrente no tuvo la posesión, ni la disposición de los causales públicos, es decir, no ostentaba el vínculo funcional normativo que lo determina a administrar o custodiar los caudales del SIN- no lo vincula una posición de garante específico- más aún si desconocía del plan paralelo para su campaña realizado por Montesinos Torres, ni tuvo contacto con los editores de los denominados Diarios Chicha.”*

Lo señalado nos lleva a plantearnos el problema principal de este trabajo académico: ¿Cuál es la postura desarrollada por la Corte Suprema para resolver el Recurso de Nulidad N° 615 – 2015- LIMA, respecto a la autoría en el delito de peculado doloso, en vinculación al proceso penal seguido contra Alberto Fujimori Fujimori por la compra de diversos titulares de diarios nacionales?

Las preguntas que serán de ayuda a resolver el problema principal son las siguientes: ¿Cuáles son las tesis existentes en la doctrina para el estudio y análisis de la autoría y participación en los delitos especiales?, y finalmente, ¿Cuáles son los fundamentos que usa la Corte Suprema para sostener que el delito de peculado es de infracción de deber?

## **II. Elementos del delito de peculado para el análisis de los problemas jurídicos del Recurso de Nulidad N°615-2015-LIMA.**

Dado que el trabajo académico tiene como centro de sus objetivos el análisis del R.N. N°615-2015 en relación a la autoría en el delito de peculado doloso como delito especial, me remitiré a profundizar en los elementos del tipo penal que son relevantes para el propósito de esta investigación, para así no caer en un desarrollo superfluo de otros aspectos del delito que también generan debate y son motivos de estudio.

Es por esta razón que me limitaré a enfocarme en tres aspectos fundamentales para la finalidad de esta investigación; primero, partiré por desarrollar cuál es bien jurídico protegido general como delito contra la administración pública y el bien jurídico específico del delito de peculado; segundo, expondré cuál es el fundamento presente en los llamados delitos especiales; y finalmente, pasaré a desarrollar el vínculo entre el funcionario público y los caudales o efectos.

Ahora bien, antes de pasar al desarrollo respectivo, comencemos por describir el tipo penal regulado en nuestro Código Penal para entender cuál es la tipificación establecida:

### **Artículo 387. Peculado doloso y culposo**

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos **cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (...).

#### **II.1 El bien jurídico protegido en el delito de peculado.**

Para desarrollar este punto, será necesario tener en mente la siguiente premisa, no existe un concepto único de bien jurídico y no todos los bienes jurídicos son bienes jurídicos penales, dado que se han presentado diferentes acercamientos dogmáticos que buscan

dotarlo de contenido en el tiempo y a su vez la protección de los mismos no solo puede derivarse de las normas penales.

En este apartado se pretende inicialmente hacer un breve desarrollo de las nociones vinculadas a las principales teorías de los bienes jurídicos, para luego comprender su relevancia en el Derecho penal y cómo el Tribunal Constitucional se ha vinculado con dicha concepción. Luego se buscará comprender la teoría de los bienes jurídicos en los delitos contra la administración pública, para lo cual se describe la teoría del bien jurídico general y el específico. Finalmente, se planteará las teorías del bien jurídico relacionadas al delito de peculado y a cuál se adhiere nuestra jurisprudencia.

Ahora, si bien no se pretende hacer un análisis exhaustivo de todas las teorías en torno a los bienes jurídicos, es importante describir brevemente su evolución como concepto central en el derecho penal, ya que recordemos que nuestro Código Penal establece en el artículo IV del Título Preliminar lo siguiente: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

El profesor Abanto (2014) señala que la concepción tradicional de la protección de bienes jurídicos en el Derecho penal marcó el inicio del llamado principio de lesividad u ofensividad (p.14). A su vez menciona el profesor, ello corresponde en parte al desarrollo propuesto por Johann Michael Franz Birnbaum, quien planteó una concepción basada en la noción natural del delito y que, oponiéndose a lo señalado por Feuerbach, el daño al bien jurídico no solo afecta a la víctima sino a la colectividad (Abanto, 2014).

Al respecto como bien señala el profesor Villavicencio citando a Jesech y Weigend: “ Se debe a J.M.F Birnbaum (1834) el desarrollo de una concepción material del bien jurídico (...) propuso entender que los bienes jurídicos eran objetos materiales que el Estado protege, que corresponde tanto a particulares como la colectividad” (2019, p.98).

Posteriormente a ello, diversos autores han buscado complementar y desarrollar múltiples conceptos. Binding señala que “( ...) el bien jurídico quedaba establecido dentro la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico (...). Franz Von Liszt por su parte expresa que “el bien jurídico es el interés jurídicamente protegido (...) Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad” (Villavicencio, 2019, p.98).

Como se observa, la búsqueda de conceptualización de la noción de bien jurídico ha sido una labor constante de diversos dogmáticos, los elementos y criterios establecidos no han sido únicos. En consecuencia, el profesor Abanto señala “(...)en la actualidad solamente se propone un concepto mínimo de contenido, es decir, que se refiera a “algo” sobre lo cual sea posible en toda sociedad libre y pluralista”. Ese “algo” es definido de distintas formas: “intereses sociales”, “valores”, (...), etc” (2019, pp.15).

Pese a la pluralidad de nociones expuestas, resulta importante comprender la propuesta planteada por Claus Roxin en relación a los bienes jurídicos, dado que desarrollaremos posteriormente otra de sus teorías, y resulta fundamental entender su trabajo en relación a este concepto.

El primer criterio es que para Roxin (1997) la noción de bien jurídico se encuentra vinculada con la Constitución de una nación, esta sigue la línea de las llamadas teorías constitucionalistas de los bienes jurídicos. Al respecto expresamente señala lo siguiente: “(...) un concepto de bien jurídico vinculante políticamente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental(...)” (p. 55). En ese sentido, de acuerdo a su postura los bienes jurídicos serán “(...) circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”(Roxin, 1997, pp. 56).

Hasta ahora hemos descrito brevemente cuales son los elementos o nociones vinculadas a los bienes jurídicos desde algunas de las teorías, el propósito es comprender su relevancia en nuestro sistema y en el Derecho Penal, ya que cumplirá funciones en el marco de la regulación de nuestro ordenamiento.

En consecuencia, considero relevante mencionar de manera rápida lo expuesto por parte del Tribunal Constitucional en relación a los bienes jurídicos penales. Al respecto el Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones, por un lado menciona su exclusiva protección como fundamento del Test de proporcionalidad, y también su vinculación Constitucional, ello puede observarse en la Sentencia prevista en el Exp. N°0022-2011PI/TC del años 2015, la cual establece en el fundamento 87 lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional considera que, desde una perspectiva político-criminal compatible con la Constitución, deben entenderse como bienes jurídico-penales a todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre



desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad (...).”

De esas líneas, podemos tener la impresión que nuestro Tribunal Constitucional está adoptando una noción ligada a lo desarrollado por Roxin, ya que se encuentra mencionada la finalidad para contribuir al propio desarrollo desde el sistema estatal, que el autor señala al conceptualizar el bien jurídico.

Como siguiente punto que corresponde, tras el desarrollo de las nociones de bien jurídico, resulta fundamental comprender su vinculación en los delitos contra la administración pública y los dos principales enfoques desarrollados en la doctrina penal: el bien jurídico general y el bien jurídico específico.

Respecto a las teorías del bien jurídico general, así como la noción de bien jurídico presenta múltiples desarrollos, las teorías sobre cuál es el bien jurídico protegido en la administración pública también fue evolucionando y cambiando con el tiempo frente a lo que para un determinado momento era considerado valioso de proteger en base a determinados aspectos de la administración pública.

Tradicionalmente se consideraban delitos determinados tipos penales que buscaban proteger aspectos como el honor, la intangibilidad de la administración pública. Como menciona el profesor Abanto (2014) “Hasta hace unas décadas, en el Derecho penal se veía a la “administración pública” como si fuera un poder casi sacrosanto que debía ser protegido por sí mismo (...)” ( p.748). Por ello, nuestro Código Penal regulaba delitos que atentaban contra el llamado “decoro público”, los títulos o las insignias, entre otros.

Dentro de estas teorías, tanto las que buscaban proteger el prestigio y honor de la administración, se pueden encontrar algunas clasificaciones propuestas en la doctrina. Al respecto el profesor Montoya (2015) identifica las siguientes posturas:

La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario pública, (...) se centra en las características que el funcionario público debe tener (...); las expectativas, basadas en normas, que se tiene respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos debe cumplir en nuestro sistema social (...); (Y) el correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública ( p. 37).

De las posturas señaladas, la que corresponde al correcto y regular funcionamiento de la administración pública es la adoptada mayoritariamente tanto en nuestra jurisprudencia como a nivel de doctrina penal; sin embargo, comparto la línea expuesta por el profesor Montoya al señalar que este concepto general debe ser tomado con un mayor análisis.

Si analizamos que implica este correcto y regular funcionamiento de la administración pública no debemos olvidar la relación del estado con la sociedad. Sobre ello el profesor Montoya (2015) precisa que “ el bien jurídico “correcto y regular funcionamiento de la administración pública” debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales” ( p. 36).

En relación al bien jurídico tutelado específicamente, Montoya menciona que la lesión al correcto y regular funcionamiento de la administración pública como bien jurídico general puede ser lesionado frente a determinados aspectos del mismo (2015, pp.750). Tal como señala el profesor Abanto (2014), uno de los exponentes peruanos quien adopta esta concepción, “Es lo que en doctrina se conoce como bien jurídico general y bien jurídico específico según los tipos delictivos en concreto ” ( p. 750).

Para explicar tal postura, el profesor Abanto (2014), parte por distinguir entre bien jurídico, objeto de protección o también llamado por objeto de protección del bien jurídico. Para explicar las diferencias parte por señalar que los bienes jurídicos, entendido como un valor que se busca, podrá afectarse solo normativamente, y al contrario, el objeto del bien jurídico podrá ser puesto en peligro o lesionado tanto de manera natural como en el sentido de “arrogación” (p.33).

Con el propósito de ejemplificar lo expuesto plantea que “Pj. ej. no debe confundirse al bien jurídico “sistema crediticio” con el patrimonio directamente puesto en peligro o afectado de la institución financiera (Abanto, 2014, p. 33)”. A su vez pone de ejemplo el delito de negociación incompatible, señala “También en la negociación incompatible con el cargo (art.397), el “objeto de protección” está constituido por la “imparcialidad” en el ejercicio funcional, referido específicamente a un “contrato u operación”(…) (Abanto, 2014, pp. 751).

Luego de comprender las nociones de bien jurídico y la protección de bien jurídico-penal, y tras haber desarrollado los conceptos de bien jurídico en delitos contra la administración pública, tutelado de manera general y específica, el último criterio consiste en analizar el bien jurídico del delito materia de análisis del trabajo, es decir, el peculado.

En relación al bien jurídico protegido por el delito de peculado se han presentado también varias posturas, enfocadas en teorías patrimonialistas, de infracción de deberes funcionales y las pluriofensivas (Chanjan, 2014, pp.51-52). Estas teorías responden a fundamentos distintos, las patrimoniales tradicionales mencionan que el bien jurídico protegido es el patrimonio del estado; las de infracción del deber, es la vulneración de deberes propios de la función pública relacionada de manera particular al delito,

En relación a la teoría pluriofensiva, hoy reconocida ampliamente en la doctrina nacional y jurisprudencia, plantea que el delito de peculado es pluriofensivo, es decir, que afecta más de un ámbito de la administración pública, por lo tanto el bien jurídico protegido debe abarcar esos espacios que son lesionados.

Al respecto, en nuestro ordenamiento, mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, fundamento 6, quedó establecido que el delito de peculado es pluriofensivo y la lesión del bien jurídico se presenta en dos aspectos: “a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad” (Salinas, 2016, pp. 412).

Sobre estos dos aspectos el profesor Montoya señala que “En otras palabras, se estarían protegiendo los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado. Esta perspectiva bipartita del bien jurídico ha sido acogida por la jurisprudencia nacional “ (2015, pp. 106).

En otro orden de ideas, si bien en este apartado se ha expuesto un breve desarrollo del bien jurídico y su vinculación e importancia acogida en nuestro ordenamiento, resulta necesario mencionar de manera concreta que su contenido también ha sido objeto de crítica y hay quienes no son defensores de la protección de bienes jurídicos como función del derecho penal, tal es el caso del profesor Günther Jakobs.

Sin dejar de lado el propósito de ampliar el postulado dogmático del profesor Jakobs en un posterior apartado, resulta necesario citar cuál es la noción que defiende el profesor

alemán sobre los bienes jurídicos, partamos por señalar que para Jakobs (1997b) “La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas” (p. 45).

Bajo esta premisa, Jakobs (1997b) expresa que “(...) se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción (...); este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal”. (p.45). En consecuencia, definirá Jakobs que “bien jurídico-penal es la vinculatoriedad práctica de la norma” (p. 47).

En virtud de lo planteado por Jakobs sobre la noción de bien jurídico- penal, va a desarrollar una serie de críticas a las concepciones anteriormente señaladas sobre bien jurídico, al respecto expone dos críticas en su tratado de derecho penal:

1. Por una parte, la teoría del bien jurídico puede concebir el bien en relación con su titular, pero no demostrar la necesidad de asegurar el bien también jurídico-penalmente. (...)
2. Por otra parte, ni siquiera los bienes que han de reconocer el Derecho penal disfrutan de protección absoluta. La sociedad no es una institución para la conservación de bienes o para optimizarlo; en realidad, a veces se sacrifican bienes para posibilitar el contacto social (...) (Jakobs, 1997b, p. 55-56).

Ahora bien, la postura que se comparte respecto al función del derecho penal es que esta como menciona Roxin, cumple una función de protección subsidiaria de bienes jurídicos, por otro lado, respecto al bien jurídico que se protege con los delitos contra la administración me acojo a la postura mayoritaria la cual establece que es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública. Asimismo, respecto al bien jurídico particular en relación al delito de peculado, comparto la tesis que estamos frente a un delito pluriofensivo.

La importancia del desarrollo de las nociones del bien jurídico nos permitirá más adelante comprender su relación con las teorías de estudio para determinar la imputación de determinados delitos especiales. A continuación, se expondrá otras teorías que caracterizan a los delitos especiales, específicamente del delito de peculado materia de análisis del presente trabajo académico.

## II.2 El peculado como delito especial: el funcionario o servidor público.

La importancia de analizar a qué nos referimos cuando decimos que el peculado es un delito especial tendrá posterior vinculación para atribuir criterios de autoría y participación, así como frente a los bienes jurídicos que son vulnerados por cierto grupo de personas que se ubican dentro de determinados criterios.

En ese sentido, este acápite primero partirá por analizar brevemente el concepto asociado a los delitos especiales, posteriormente continuar con el desarrollo de dos enfoques presentes en la doctrina: los delitos especiales como concepto simple y el concepto complejo, para luego mencionar qué se entiende por delito especial propio e impropio, y finalmente, desarrollar la noción vinculada a los sujetos especiales de este trabajo, es decir, los funcionarios o servidores públicos.

Ahora bien, como punto de partida, resulta necesario establecer la noción de los delitos especiales, al respecto el profesor Abanto (2014), tomando en cuenta la doctrina alemana, señala que:

(...)existen determinados delitos que la doctrina (alemana) ha conocido tradicionalmente como delitos especiales (...) para distinguirlos de los “delitos comunes” (...). Mientras que en estos últimos, cualquiera puede ser autor del delito, en los primeros el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen una cualidad exigida en el tipo penal (...) o puede deducirse de los demás elementos típicos (...) (p. 378-379).

En esta misma línea, señala el profesor Caro John (2002) que “en el ámbito de los delitos especiales la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico(...)” (p. 9). Por ello solo quienes reúnan las condiciones descritas podrán ser imputados como autores. En relación a los delitos contra la administración pública, y por ende, el peculado, el profesor Salinas (2016) expresa se trataría de delitos especiales, al respecto indica que:

“El fundamento material de la limitación de la autoría en estos delitos a determinadas personas se basa en el ejercicio de una función específica, que determina una estrecha y peculiar relación entre un sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función” (p. 8).

Planteado este breve desarrollo sobre los fundamentos de los delitos especiales, es importante a la vez, señalar los dos enfoques presentes en la doctrina sobre estos delitos, el llamado concepto simple y el concepto complejo, ambos pasarán a ser expuestos brevemente para comprender los elementos con los que se relacionan y vinculan.

Respecto al concepto de simple, este modelo tiene como principal característica la necesidad de estar establecida en la ley, es decir, requiere para ser considerado autor se encuentre abarcado por la norma. Sobre ello, respecto al modelo simple, define Gomez Martin (2006) “como aquella clase de tipo penal que se distinguiría por describir conductas que solo será punible a título de autor cuando sea realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiera la ley” (p. 11).

En relación al concepto complejo, además de integrar el contenido del concepto simple “se caracterizaría por incorporar (...), la fundamentación material de la restricción del círculo de autores operada por el tipo.” (Gomez Martin, 2006, p. 11). Entre los autores que defienden esta posición se encuentra Roxin, quien señala que “(...) solo puede ser autor quien presenta una determinada propiedad (cualificación de autor) (...) consiste siempre en una posición de deber extra penal (...)” (Gomez Martin, 2006, p. 22).

Es importante recalcar que la jurisprudencia nacional ha tomado posición por un concepto simple de delito especial, particularmente en la Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema AV- 23-2001 en otro proceso seguido contra Alberto Fujimori Fujimori, la cual señala que “la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal” (Montoya, 2015, p. 51).

No obstante, como bien lo señala el profesor Montoya (2015), el análisis de los delitos especiales en sentido complejo resulta importante ya que cualquier concepto que no presenta fundamentación y solo es formal resultaría inútil. Por ello, hay distintos delitos que se fundamentan en múltiples presupuestos, bajo criterios materiales que los diferencian, siendo los delitos funcionariales especiales uno de ellos (Montoya, 2015).

Como siguiente punto de este apartado, corresponde mencionar dos criterios de clasificación, que en mi opinión y también de varios autores no resulta el más adecuado cuando analizamos los delitos contra la administración pública pero que resulta de interés académico mencionar, esta es la clasificación tradicionalmente de los llamados delitos especiales propios e impropios.

Por un lado, respecto a los delitos especiales propios, se señala que solo será autor quien posee una cualidad especial, por lo que si no cumple con dicha característica no podrá ser imputado, y a la vez no existe un delito penal “subyacente” por lo que pueda responder quien no es sujeto cualificado. Por otro lado, los delitos especiales improprios, esta cualidad de autor solo es una agravante de la conducta típica establecida en un delito común similar. (Montoya, 2015).

Al igual que varios autores, comparto el presupuesto que los delitos especiales improprios son autónomos, no son tipos cualificados de los delitos comunes, su tipificación no se basa en una mera agravante, al contrario, responden de manera autónoma, ya que exige una especial posición de la persona frente a su relación con bienes jurídicos y su posibilidad de lesionarlos.

Continuando con el desarrollo, antes de pasar a detallar al fundamento de la noción funcionario y servidor público, resulta necesario desarrollar brevemente las diferencias que se presentan entre ambas figuras a nivel de conceptual. Para Salinas (2016) la principal diferencia radicaría en el poder de decisión que posee el funcionario público pero del que adolece el servidor público.

Sobre ello, Salinas (2016) señala que “funcionario público es aquella persona natural o física con poder de dirección que presta servicios o trabaja para el Estado” (p.12), en otras palabras, a través de su poder de decisión va a ejecutar o determinar mediante diversos actos la voluntad del Estado. Esto, al contrario, no ocurre con el servidor público, “en tanto el servidor público es aquella persona natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de decisión” (Salinas, 2016, p.12).

Una vez abordado brevemente esta diferencia, corresponde desarrollar el fundamento presente en la noción de funcionario público, dado que resulta la base para la sanción en los delitos contra la administración pública. El profesor Montoya (2015) menciona “la calidad de funcionario público no es accidental, sino que su conducta es un elemento fundamental de la sanción penal de los delitos de corrupción” (p. 38).

Para Rojas (2001) “el funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente” (p. 39).

En nuestra legislación nacional, el Código Penal en el artículo 425 comprende una lista enunciativa de quienes son funcionarios y servidores públicos, no obstante, esta no constituye una lista cerrada. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado en la Casación N° 634-2015/LIMA la autonomía del concepto así como el no ser una cláusula cerrada, al respecto en su fundamento segundo señala:

La autonomía propia de ese concepto, en sede penal, y su carácter funcional, determinó que el artículo 425 del Código Penal contemple una forma abierta. El último numeral, en todas las normas legales, establece: “Los demás indicados por la Constitución Política y las leyes.

Dado ello, en este trabajo se sostiene lo manifestado por el profesor Montoya (2015) quien señala que “(...)para definir el concepto de funcionario público en el Derecho Penal es importante determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública” (p. 39).

Existe en la doctrina dos presupuestos adheridos al concepto de funcionario público desarrollado por el profesor Montoya (2016); “el primero, la persona deberá estar incorporada a la actividad pública (título habilitante); segundo, la persona debe ejercer la función pública”. A su vez el profesor señala que estos deben ser entendidos como una “Incorporación heterónoma a la función pública” y “Posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público” (p. 40).

En relación, al título habilitante por el cual se requiere la existencia de un título ya sea mediante designación, elección o selección de la persona para desempeñar actividades dentro de la Administración Pública, deben ser leídas en articulación con los tratados internacionales en materia, estos son Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Montoya, 2015).

Esta lectura conjunta con los tratados internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita por el Perú, se encuentra evidenciada también en la Casación N° 634-2015/LIMA, dado que la Corte Suprema de manera muy acertada señala en el fundamento tercero que debemos tomar en consideración los conceptos y elementos desarrollados sobre el rol de la función pública, por lo tanto, de los funcionarios y servidores públicos.



Al respecto, se pueden precisar los siguientes elementos que son rescatados en ambas Convenciones internacionales:

- “No importa la denominación o nomen Iuris(...)
- Título habilitante: (...)señala como título de incorporación a la selección, designación y/o elección, elementos que, como ya se ha visto, incorporan todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma.
- Irrelevancia del nivel jerárquico: como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.
- Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo.”  
(Montoya, 2015, p. 42)

Para finalizar el último punto de este apartado, es inevitable señalar algunos casos especiales, no ajenos a nuestra realidad nacional, son los llamados funcionarios de facto o lo que usurpan funciones en la administración pública. Sobre ello, resulta importante citar el caso seguido frente a Vladimiro Montesinos Torres tras la difusión de los llamados “Vladivideos”, donde se observa a este haciendo entrega de dinero a políticos y autoridades del país.

Respecto a este caso, se llegó a condenar a Vladimiro Montesinos por el delito de peculado doloso, pese a que no ostentaba el cargo de Jefe del SIN ya que no contaba con un título habilitante en el sentido descrito, pero en la realidad cumplía dichos roles y actuaba como si lo fuera. Respecto a ello el Tribunal Constitucional en el 2004, mediante sentencia recaída en el Expediente 2758-2004-HC/ TC , fundamento 10 señaló:

En conclusión, en los casos de funcionarios de facto (como el de Montesinos), el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario para vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, debe ser considerado funcionario público.

A modo de recapitulación de este apartado, al igual que lo expuesto por el profesor Montoya, considero que cuando analicemos el delito de peculado, debemos partir por señalar que este es un delito que vincula a los funcionarios públicos, y su justificación no

se da solo en base a un presupuesto meramente formal, sino que existe una especial vinculación de cercanía para lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que protege los delitos contra la administración pública.

Hasta ahora hemos desarrollado el concepto de funcionario público y su relación dentro del ámbito de los llamados delitos especiales, y hemos situado al peculado dentro de este escenario. La importante de abordar y establecer las principales diferencias y clasificaciones de los delitos especiales, es que permitirá que comprendamos determinadas nociones cuando analicemos las diversas tesis vinculadas a los delitos especiales para imputar autoría.

Siguiendo con el desarrollo de este trabajo, corresponde ahora analizar el siguiente elemento importante que caracteriza al delito de peculado, este es el vínculo que debe existir entre el sujeto activo y el caudal público.

### II.3 El vínculo especial entre el funcionario y caudal público.

Como se observa del tipo penal descrito líneas anteriores, este delito además de ser un delito que solo puede ser cometido por un funcionario público a través de la apropiación o utilización de los caudales o efectos, requiere una condición adicional, que la percepción, administración o custodia se le estén confiados en razón de su cargo, en la doctrina se menciona que se trata de una vinculación funcional especial.

Esta descripción planteada en el tipo penal generó discusión y debate en la jurisprudencia nacional, ya que entre los argumentos planteados, cierto sector defendía la posición que esta condición adicional implicaba que el funcionario necesitaba contar con una disponibilidad física de los caudales o efectos, bajo un concepto de posesión del bien.

Sin embargo, todo este debate fue resuelto mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, el cual define el concepto de disponibilidad jurídica que requiere el delito de peculado. En el fundamento 6 señala lo siguiente:

“(…) Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza competencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley

tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica”.

Mediante ello, quedó expuesto en nuestra jurisprudencia que este vínculo entre el funcionario público y los caudales o efectos es de disponibilidad jurídica, mas no material. Sobre ello este mismo Acuerdo Plenario menciona que “La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública” (Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, p. 32).

A modo de cierre, en este apartado se han analizado los elementos relevantes para el análisis del caso en relación al delito de peculado, los cuales buscan contribuir al análisis para alcanzar los objetivos de este trabajo académico. Corresponde ahora iniciar con el estudio de la autoría y participación en los delitos especiales que se desarrollará a continuación.

### **III. Autoría y participación en los delitos especiales.**

El análisis de la autoría y participación en los delitos especiales requiere una remisión a la teoría del dominio del hecho, y cómo surgió para imputar autoría y participación en este tipo de delitos; sin embargo, como se verá esta tesis no dió respuesta a todos los problemas, lo que generó que se planteen otras tesis en la doctrina penal.

Por ello, se partirá por analizar la teoría del dominio del hecho, luego se planteará la teoría de la infracción desde deber desde los postulados de Roxin, quien diferencia los delitos de dominio del hecho e infracción de deber, continuando con los alcances seguidos por Jakobs, para finalmente, analizar la teoría de la vulneración de los bienes jurídicos.

#### **III.1 Teoría del dominio del hecho**

En relación a la teoría del dominio del hecho, el profesor Mir Puig (1990) expone que “tiene su origen en el finalismo y en su tesis de que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final del hecho” (p. 394).

Roxin (1999) por su parte señala que es difícil plantear un solo desarrollo dogmático de la teoría del dominio de hecho. Menciona que “ El inicio de su avance hasta convertirse en la concepción hoy casi dominante se remonta Welzel; pero las características del

concepto proceden a Hegler, y sus contenido material pueden rastrearse hasta los comienzos de las teorías de la participación (...)” (p.11).

La serie de concepciones previstas en el desarrollo dogmático para Roxin (1999) “ (...) integran los cimientos de la teoría del dominio del hecho, que aparece como una síntesis afortunada de los puntos de partida hasta entonces inconexos y como coronación de una larga evolución dogmática” (p.11).

Dentro de la amplia fundamentación que realiza Roxin (1999) a lo largo de su obra “Autoría y dominio del hecho”, menciona que “Toda categoría de dominio del hecho requiere un actuar final. Así pues, los comportamientos no finales quedan descartados desde el principio” (p. 350). En ese sentido se entiende para la teoría del dominio del hecho a “(...) aquellos delitos- y éstos serían mayoría-, en los que el legislador ha descrito el comportamiento típico (...). En ellos, es autor quien domina el hecho descrito en el tipo; en otras palabras, aquel que es señor de un suceso delimitado en sus contornos mediante la descripción del delito” (Sánchez-Vera, 2000, p. 27).

A través de la teoría del dominio del hecho se permite distinguir entre autores y partícipes dependiendo de la forma de ejecución del sujeto. Al respecto Abanto (2014) sostiene que “luego, “autor” será aquel que ejecutare los hechos típicos con dominio del hecho; “partícipe”, aquel que colaborare con éste en la ejecución de tales hechos (...)” ( p. 378).

Dentro de los desarrollos de la teoría del dominio del hecho, también es importante mencionar el planteamiento del profesor Mir Puig quien considera que “(...)para ser autor es preciso algo más: la pertenencia exclusiva o compartida, del hecho” (p. 396). En consecuencia menciona el profesor español que “y el hecho no pertenece a todo aquél de quien depende la posibilidad de su ejecución, sino solo a quien lo realiza, por sí solo o a través de otro que actúa como instrumento, o lo comparte con otros” (Mir Puig 1990, p. 396).

En base a lo expuesto hasta ahora, dado que un análisis más profundo del planteamiento desarrollado anteriormente, no se extienden a los propósitos de este trabajo, corresponde abodar otro punto, en virtud de que la teoría del dominio del hecho presentará algunos inconvenientes al buscar ser aplicada a los fundamentos de autoría y participación en los delitos especiales, dado que se requiere que el sujeto reúna una determinada cualidad, siendo la participación del sujeto quien no las reúna un problema materia de discusión en la doctrina penal por muchos años.

Como se ha expuesto en el apartado correspondiente a los delitos especiales, solo aquellos quienes reúnan determinadas cualidades podrán ser considerados autores, conocidos como “intrañei”, como menciona el profesor Abanto (2014) “La cualidad puede estar expresamente mencionada en el tipo penal (p.ej. “funcionario público” (...)) o puede deducirse de los demás elementos típicos (...)” (p. 379).

Caso contrario ocurre con aquellos quienes no reúnan estas cualidades, el profesor Abanto (2014) menciona que “otros sujetos que participen en la comisión de estos delitos, al no poseer dicha cualidad – ya por decisión del legislador- no podrán ser nunca considerados como autores de los delitos especiales (“son extrañei”) (...)” (p. 379). En ese sentido, para el desarrollo de los siguientes apartados usaremos los términos “intrañei o intrañeus” para referirnos al sujeto que posea las cualidades establecidas y “extrañei o extrañeus” para mencionar a quién no las reúna.

Es así que en el planteamiento de la atribución de autoría y participación en los delitos especiales, muchos autores han pretendido hacer uso de la Teoría del dominio del hecho como una de las alternativas, y para ello han considerado dos escenarios donde es posible aplicarla. El primer escenario es la llamada teoría de la ruptura del título de imputación y la segunda es la teoría de la unidad del título de imputación, a continuación se explicarán ambas teorías y sus presupuestos.

### III.1.1 Teoría de la ruptura del título de imputación.

En virtud de esta teoría “los tipos penales de delitos especiales solamente se referirían a los intrañeus; por lo tanto, los extrañeus solamente serían punibles sobre la base de los delitos comunes que concurren (“cada uno responde por su propio injusto”)” (Abanto, 2014, p. 380). En base a esta teoría lo primero que nos trae a referencia es la clasificación descrita líneas anteriores de los llamados delitos especiales propios, que no presentan un delito común subyacente, y los delitos especiales impropios, que sí presentan un delito común sancionado.

En ese sentido, en base al fundamento expuesto, un extrañeus podrá ser imputado solo por el delito común, lo que nos lleva a plantearnos lo siguiente ¿Qué pasa si estamos frente a un delito especial propio que no presenta un delito común subyacente? Evidentemente, se crea un escenario de impunidad.

Esta primera dificultad advertida frente a los presupuestos de esta teoría no son los únicos inconvenientes, bien hace el profesor Abanto (2014) en señalar que:

“(…)el defecto esencial de esta teoría está en que atenta contra la “accesoriedad” de la participación, pues en los casos en los cuales quien haya tenido el dominio del hecho hubiera sido el intraneus, la punibilidad del partícipe extraneus no va a depender del “hecho principal” punible (el delito especial) , sino de otro que en realidad no se ha cometido (el delito común)(…)” (p. 381).

### III.1.2 Teoría de la unidad del título de imputación.

A diferencia de lo que ocurre en la anterior teoría, en la Unidad del título de imputación, un extraneus podrá ser imputado como partícipe de un delito especial, no podrá responder como autor pero puede ser considerado cómplice (Abanto, 2014, p. 381). Es así que en postura de Abanto mediante esta teoría se respetaría la regla de la accesoriedad de la participación.

Lo resaltante de esta teoría es que elimina determinados espacios de impunidad y ciertos problemas de accesoriedad que ocurrían con la ruptura del título, ya que sean propios o impropios los delitos especiales, el intraneus podrá responder como autor y el extraneus será sancionado como partícipe del mismo tipo penal.

Como esta teoría se fundamenta en el dominio del hecho tal como expone Abanto (2014) “si este “dominio del hecho” lo tenía el intraneus y el extraneus solamente ha colaborado con un aporte menos importante, este último será “partícipe” del primero en el delito especial” (p. 382).

Como señalamos, esta teoría responde a determinados escenarios de impunidad que no podrían ser resueltas por la ruptura del título de imputación; sin embargo, pese a su uso en múltiples ordenamientos jurídicos, no ha podido responder a otras situaciones, es así que “es especialmente insatisfactoria cuando se trata de fundamentar la autoría del intraneus que se vale del “extraneus” que actúa voluntaria y conscientemente” (Abanto, 2014, p. 383).

Estas son algunos de los principales inconvenientes que incluso esta teoría enfrenta en los delitos especiales, al respecto Abanto (2014) señala que en nuestro país:

El problema práctico de aplicar la teoría de la “unidad del título de la imputación” está en que algunos casos llevaría a intolerables consecuencias dada la existencia de tipos penales especiales en los cuales la “cualidad” tiene que ver con características personalísimas del autor(...) (p. 385)

En este primer punto hemos expuesto los fundamentos de la Teoría del dominio del hecho y las dos respuestas planteadas en la dogmática para resolver los problemas de la autoría y participación en los delitos especiales. A pesar de ello vimos que los inconvenientes, escenarios de impunidad y problemas para imputar el delito frente a determinadas características del sujeto, como es el caso del instrumento cualificado no doloso, son un problema latente.

Es por ello que la siguiente teoría a desarrollar plantea una noción diferente al intentar solucionar los problemas de autoría y participación en los delitos especiales, es la llamada Teoría de la infracción del deber, la cual es acogida actualmente por la jurisprudencia peruana para dictar sentencias en los delitos de corrupción de funcionarios, como ocurrió en el caso materia de análisis del presente trabajo.

### III.2 Teoría de la infracción de deber.

Hasta ahora se ha desarrollado la Teoría del dominio del hecho para el análisis de la autoría y participación. En consecuencia, en este apartado se desarrollará los fundamentos de la llamada teoría de la infracción del deber para la determinación de la autoría y participación en los delitos especiales, para ello se tomará en estudio la tesis planteada por Claus Roxin y los postulados expuestos por Günther Jakobs.

Este punto de análisis resulta de vital importancia para los fines del presente trabajo académico, ya que en reiterada jurisprudencia y en el caso materia de estudio, la Corte Suprema se ha pronunciado señalando que el delito de peculado, es un delito especial de infracción del deber que se fundamenta en determinadas instituciones positivas.

#### III.2.1 Tesis de Claus Roxin.

El desarrollo de la tesis del profesor Claus Roxin es importante para comprender la jurisprudencia en relación a los delitos cometidos por funcionarios públicos existente en nuestro país, dado que, como menciona el profesor Montoya (2015) “Cabe advertir que nuestra jurisprudencia, cuando ha entendido este tipo de delitos como delitos de

infracción de deber lo ha entendido desde la perspectiva planteada por el profesor Claus Roxin” (p. 54).

Con esta premisa en mente, será importante ahora describir de manera resumida, la tesis dogmática que fundamenta los planteamientos sobre el Derecho penal del jurista alemán, dado que así se hará más sencillo comprender los presupuestos que abarcan el desarrollo de su teoría de la infracción del deber.

Si bien no es el propósito de este trabajo realizar una evolución histórica de la doctrina del Derecho Penal, dado que resulta muy amplio para los fines que se busca, y no pretendo caer en un desarrollo superfluo, partiré por señalar directamente la teoría acogida por Roxin y así recoger su planteamiento.

Roxin (2012) señala que en las nociones actuales mayoritarias alemanas se ha dejado de lado las que propugnan que el derecho penal se vincula a razones ontológicas, ya sea mediante la causalidad o finalidad. Al respecto se menciona que “aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema “racional-final (teleológico)” o “funcional” del Derecho Penal” (Roxin, 1997, p. 203).

A manera de resumen lo que propone es que “se habla así de proyectos funcionalistas del sistema” (Roxin, 2012, p. 4), por ello, los que abogan por este sistema concuerdan efectivamente, en palabras de Roxin:

(...) en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal. (1997, p. 203)

Bajo estos fundamentos, Roxin (2012) expresamente describe lo siguiente al hablar de la tesis funcionalista que sigue: “Mi punto de partida es que el injusto penal debe derivarse de la función del Derecho penal, por el contrario, la culpabilidad como categoría del sistema debe derivarse del concreto fin de la pena que se impone” (p. 4). En consecuencia,



para el jurista alemán “la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre” (p.4).

He aquí la importancia de haber mencionado la noción de bien jurídico propuesto por Roxin en apartados anteriores, ya que esta se vincula con la función del derecho penal que él defiende, dado que esta defensa de la vida pacífica en común serán para Roxin los bienes jurídicos protegidos. Al respecto señala, como ya se expuso previamente, que “llamamos bienes jurídicos a aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas” (Roxin, 2012, p. 5).

No obstante, es necesario a su vez mencionar un presupuesto importante, si bien como quedó expuesto para Roxin la protección de bienes jurídicos corresponde a la función del derecho penal, este al representar ser la sanción más gravosa, no puede ser entendido de manera absoluta sino que debe intervenir cuando otros mecanismos menos lesivos no fueron suficientes para proteger la vida común en paz, así para Roxin (2012) “En pocas palabras, lo anterior puede expresarse señalando que la misión del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos” (p. 5).

Ahora bien, habiendo desarrollado estos presupuestos y comprendido el funcionalismo defendido por Roxin, corresponde centrarnos en los alcances de la teoría de la infracción de deber propuesta, para ello primero se partirá por señalar su fundamento y lo que la diferencia de la teoría del dominio del hecho, para después comprender cómo se vincula con otras formas de participación como la coautoría y la autoría mediata.

Como se expuso en el apartado correspondiente a la teoría del dominio del hecho es entendible y razonable al explicar la autoría en los delitos de comisión mediante dolo; sin embargo, no ocurrirá lo mismo al tratarse determinadas conductas omisivas, al respecto Roxin (2000) expone que “(...) cabe ya establecer, a partir de los resultados obtenidos hasta ahora, dónde el concepto del dominio del hecho ya no puede ser adecuado para delimitar las formas de intervención (...)” (p. 369), respecto a ello señala dos casos.

El primer caso responde a que “(...) el dominio del hecho solo puede caracterizar a la figura central del acontecer delictivo allí donde el comportamiento estimado punible por

el legislador es dominable” (Roxin, 2020, p. 369), el segundo caso, responde a situaciones donde “es evidente que no puede atenderse al dominio allí donde el propio legislador destaca a la persona del autor mediante otros elementos de entre los intervinientes” (Roxin, 2000, p. 370).

Es frente al segundo supuesto expuesto por el profesor Roxin (2000) que se vincula a los delitos cometidos por funcionarios públicos, al respecto señala que:

“Por ejemplo, cuando el legislador habla, como sujeto del delito, de un “funcionario” o de un “médico”, esto es algo distinto a un señor del hecho. Un funcionario no necesita tener dominio del hecho, y quien domina el hecho no necesita ser funcionario. Por tanto, es evidente que allí donde la ley asigna al ejecutor elementos especiales, el concepto de la figura central resulta dotado de contenido mediante otros criterios” (p. 370).

En consecuencia, si en el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos, este no necesita tener el dominio del hecho para ser considerado autor, lo que surge es preguntarnos cuál es el fundamento que permite la imputación del mismo. Al respecto para Roxin (2000):

”Examinando más de cerca el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida se revela que no es la condición de funcionario (...) lo que convierte en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendado una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría” (p. 386).

En ese sentido “quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, solo responde como partícipe”(Roxin, 2000, p. 387). Respecto al deber Roxin señala que “No se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo” (p. 387), por lo que en sus palabras “el elemento que para nosotros decide la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo” (Roxin, 2000, p. 387).

En consecuencia, tal fundamento presente en los delitos de infracción del deber generará efectos al catalogar determinadas formas de autoría en el hecho delictivo. Este aspecto es importante, en tanto, el caso materia de análisis recoge el fundamento de que un delito de infracción del deber cierra toda posibilidad de existencia de coautoría o autoría mediata, esto queda expuesto en el R.N. N° 615-2015-LIMA.

En consecuencia, en base a lo expuesto, queda claro que el fundamento presente en los delitos de infracción de deber para Roxin, corresponde a un deber extrapenal que es infringido, por lo que ahora resulta necesario analizar cómo este presupuesto se relaciona con los supuestos de coautoría, autoría mediata y la intervención de un extraneus.

Respecto a la autoría y participación, considerando lo sostenido, si para Roxin será autor quien posea el deber extrapenal existente, ello significa que quien no cumpla tales condiciones no podrá nunca responder como autor. En base a ello Sánchez- Vera (2002) señala que “de esto se deducirá que solo cumple el tipo penal quien quebranta el deber y, a su vez, quien quebranta el deber, cumple siempre por ello con la descripción típica y es por tanto, siempre, autor” (p.32).

En ese sentido, “el no cualificado con el deber específico no puede ser nunca autor” (Sánchez-Vera, 2002, 32). Y de esta forma haciendo referencia nuevamente a Sánchez-Vera (2002): “Roxin llega a la conclusión de que participe en los de infracción de deber será aquel que coopera en la realización del tipo en alguna manera, pero son lesionar el deber especial extrapenal que fundamenta la autoría” (p. 32).

En este punto, otro aspecto importante que debe mencionarse, es la posición de Roxin frente a los delitos comisivos y omisivos en relación a la infracción del deber. Al desarrollar tales enunciados . “En efecto, Roxin señala que, puesto que en el delito de infracción la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico, sería de todo punto irrelevante si la lesión se produce por acción o por omisión” (Sánchez-Vera, 2002, p. 32).

Hasta ahora se ha expuesto la teoría planteada por Roxin, la cual fue desarrollada hace aproximadamente más de 4 décadas, por lo tanto, en base a lo detallado, es posible señalar a modo de resumen algunas premisas que se concluyen de su propia teoría y que servirán para el análisis posterior con el propósito de cumplir los objetivos de este trabajo académico:

Primero, el deber extrapenal al que se refiere son deberes previos existentes, como realidad previas ya presentes, es decir, “se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico de la norma y que, por lo general, se originan de otras ramas jurídicas” (Roxin, 2000, p. 387).

Segundo, el deber extrapenal presente en los delitos de infracción del deber será solo fundamento para determinar la autoría, como bien expresa Sánchez-Vera (2002) al desarrollar los postulados de Roxin, “en cualquier caso, el fundamento último de la punibilidad- señala Roxin- es también aquí, como siempre, la lesión de bienes jurídicos; el incumplimiento del deber especial fundamenta tan solo la autoría” (p. 31).

Tercero, solo podrá ser autor de un delito de infracción del deber quien posea el deber extrapenal, en ese sentido, quien carezca de tal deber no podrá ser nunca autor, y deberá responder como partícipe, en virtud de la cooperación que realice respecto al tipo.

Cuarto, para Roxin no resulta trascendental si trata de una acción u omisión cuando se está al frente de un delito de infracción de deber, dado que en ambos casos si se está frente a la infracción del deber extrapenal, el sujeto obligado responderá siempre como autor.

Con estas premisas breves desarrolladas podemos comprender el planteamiento de Roxin, el cual, si bien permite explicar determinadas realidades que no fueron posibles con la anterior teoría, está sujeta a críticas y como lo menciona Sánchez-Vera en su texto: “En verdad, Roxin no ha fundamentado el delito de infracción de deber suficientemente, ni, por otra parte, ha investigado sus casos de manera detallada. Pero es que, por lo demás, tampoco lo ha pretendido” (2002, p.33).

Es así que podemos recoger entonces que respecto a los delitos de infracción de deber, “En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en «figura central» del suceso de la acción” (Caro John, 2002, p. 4); sin embargo, como menciona profesor Caro John(2020):

Roxin no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador (p.4).

Este escenario abierto a crítica y de mayor profundización fue recogido después por el profesor Jakobs, quien termina elaborando una teoría de la infracción del deber que será explicada en el próximo apartado.

### III.2.2 Tesis de Günther Jaboks.

Como se expuso, se ha desarrollado la teoría de la infracción del deber desde la postura del profesor Roxin, ahora este apartado se centrará en explicar otra tesis vinculada referente a la infracción de un deber pero que a diferencia de Roxin se fundamenta en el carácter carácter institucional del deber, esta es la tesis del profesor Günther Jaboks.

Para ello, partiremos por detallar de manera breve los postulados dogmáticos que fundamentan el Derecho Penal para el profesor Jakobs, quien a diferencia de Roxin, no comparte la postura que la función del derecho penal protege subsidiariamente bienes jurídicos sino la estabilización normativa, posteriormente, posteriormente, pasaremos a analizar los fundamentos que diferencian su teoría de la infracción del deber.

Resulta importante comprender que “en la concepción de Jakobs, el Derecho penal obtiene su legitimación material de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales” (Jakobs, 1997a, p. 18). En ese sentido Jakobs señala que “la contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas” (1997b, p.45).

Sobre ello es importante tener en cuenta que el derecho penal no se involucra en cualquier hecho o situación, al respecto Jakobs (1997b) menciona que “Al Derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente; más bien la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva” ( p. 46).

Como ha quedado expuesto, para el profesor Jakobs el derecho penal cumple una función de estabilización normativa o también llamada de vigencia de la norma, es por ello que a diferencia de Roxin, no comparte la tesis de la protección de bienes jurídicos. En ese sentido, al hablar de bienes jurídicos, señala citando a Welzel que “El bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto” (Jakobs, 1997b, p. 47-48).

Dentro de este orden de ideas y frente a la tesis que es defendida por Jakobs, el profesor Roxin al plantear su diferencia de las bases del sistema que defiende, es expreso al señalar en sus palabras que: “Pero mientras yo baso mi sistema en finalidades político-criminales, JAKOBS, renunciando a ello, ve el fin del Derecho penal únicamente en la estabilización del contenido de la norma desde fundamentos de la teoría de sistemas” (2012, p. 13).

Es por ello que critica abiertamente la tesis defendida por Jakobs la cual señala, entre otros postulados, que el castigo funciona solo para confirmar la clamada vigencia normativa (Roxin, 2012), pues para Roxin (2012) “El daño a la vigencia de la norma, como JAKOBS caracteriza el delito, carece de todo contenido empíricamente aprehensible, pues es una pura adscripción” (p. 16).

Como acabamos de señalar, si bien la postura de Jakobs sobre la función del Derecho penal también es criticada, ahora corresponde detallar la tesis de la infracción de deber defendida por el autor, dado que el aporte que realiza para el desarrollo de esta teoría resulta fundamental, ya que profundiza en determinados conceptos y nociones planteadas por Roxin y cuyos fundamentos han sido recogidos en nuestro ordenamiento jurídico,

como ocurre en el caso del R.N. N° 615-2015-LIMA materia de análisis, cuyo desarrollo corresponde al último apartado de este trabajo.

Para ilustrar lo recientemente manifestado sobre dicha jurisprudencia, se puede hacer referencia a uno de los fundamentos que realiza la Corte Suprema en el R.N. N° 615-2015-LIMA al analizar el delito de peculado, dado que afirma que: “En la doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas” (Fundamento 2.1.1). Esta fundamentación en las instituciones positivas nos remite inmediatamente a la tesis del profesor Jakobs que ahora se expondrá.

Por ello, para facilitar la comprensión respecto al desarrollo de la teoría de infracción de deber de Jakobs; primero detallaremos los fundamentos presentes en su teoría; segundo, analizaremos las diferencias de las dos competencias planteadas por el autor; tercero, detallaremos cómo se vincula la autoría y participación en los delitos de infracción de deber; cuarto, abordaremos cuál es la noción de las llamadas instituciones; y finalmente, analizaremos cuáles son las semejanzas y diferencias que presenta con la tesis desarrollada por Roxin.

Con esta premisa expuesta pasaremos a desarrollar el primer punto, las bases que fundamentan el postulado del profesor Jakobs, la cual se puede concretar del siguiente modo: “Esta señala que existen dos tipos de deberes (correspondientes a dos ámbitos de competencia)” (Montoya, 2015, p. 53). Es por ello que para Jakobs en la realidad una persona puede estar sujeta a un denominado deber organizacional y otro llamado deber institucional.

Al respecto, del mismo modo que Roxin hace una clasificación de dos categorías de delitos, aquellos de dominio del hecho y los de infracción del deber (Sánchez-Vera, 2002), como bien menciona Sánchez-Vera (2002), “Jakobs establece también una clasificación bifrente de los delitos; a saber, en “delitos de dominio”- también por él llamados “en virtud de una organización” o, simplemente, “de organización”- y en “delitos de infracción de deber” (p. 37-38).

La fundamentación de ambos tipos de delitos se diferencian en su imputación o responsabilidad (Sánchez-Vera, 2002,p. 38), en consecuencia “en los delitos de dominio del hecho se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización; en los de infracción de deber, en virtud de una relación de carácter institucional”(Sánchez-Vera, 2022, p.38).

Sobre este particular punto, el profesor Caro John (2002) señala que para Jakobs la diferenciación que realiza frente a ambos tipos de delitos tendrá su justificación en la incumbencia del autor, expresamente señala que Jakobs:

En el marco de un pensamiento normativista del sistema del Derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su ponencia dogmática a una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber. En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor (p. 4).

En ese sentido, como segundo punto, debemos comprender cuál es la tesis que sostiene ambos tipos de delitos y a qué hace referencia Jakobs cuando habla de competencia por organización y competencia de carácter institucional, siendo este último el vinculado a los delitos de infracción de deber.

Respecto a la competencia por organización, expone el profesor Caro John (2002) que “el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos que en la terminología jakobsiana se conocen como deberes en virtud de competencia de organización” (p. 4).

En ese sentido, la existencia de estos deberes serían atribuidos a todos los ciudadanos, por lo que “la norma se dirige al ciudadano con la expectativa de que este no invada la esfera de libertad ajena a través de un comportamiento comisivo u omisivo” (Montoya,



2015, p. 53). En ese sentido si se pretende hacer un símil con los postulados de Roxin sería un semejante con los delitos de dominio (Caro John, 2002).

En cuanto al fundamento de la competencia institucional, el profesor Caro John (2002) explicando los postulados de Jakobs señala que esta “viene dada por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional —a los que pertenecen los delitos de infracción de deber” (p. 5). Es por ello que cuando se establecen las diferencias con la competencia de organización se menciona que tiene que ver “(...) con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial” (Caro John, 2002, p. 5).

Ahora bien, desarrollada las diferencias entre ambas competencias, corresponde analizar el tercer punto, referente a la repercusión al momento de imputar autoría y participación en los delitos de infracción de deber, y si es posible que se presenten casos de coautoría y autoría mediata, partamos por mencionar lo que Sánchez- Vera (2015) señala :

En primer lugar, mientras que la autoría y participación en los delitos de organización se constituye y determina mediante el dominio del hecho- más exactamente: mediante el quantum de lo organizado-, en los delitos de infracción de deber- en idéntico sentido que Roxin- la autoría la constituye la lesión del deber (p. 39).

En por ello, que responderá como autor aquel quien posea la obligación constituída por el estatus que se le atribuye, en ese sentido, como nuevamente señala Sánchez-Vera “la incumbencia del interviniente- obligado respecto al suceso no viene, pues, delimitada por la regla de si domina o no el hecho (...), sino que se determina en virtud del especial estatus del sujeto” (p. 39).

Lo mencionado anteriormente permite explicar la autoría, dado que ya que no importa el dominio del hecho, “cae por su propio peso la diferencia entre autoría y participación; antes bien, todo obligado especial que quebrante el deber será autor” (Sánchez-Vera, 2015, p. 39). Esta noción nos permite aducir inicialmente que en este tipo de delitos no podría hablarse de participación de aquel quien posea el deber, dado que siempre responderá como autor.

Como se puede apreciar de lo expuesto por el profesor Caro John (2002) quien señala que: “En esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe” (p. 10), y a su vez “la infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o de quién menos” (p.10). Por dichas razones, en otras palabras, no podrá responder como partícipe quien tenga el deber y solo podrá ser autor.

Bajo estas consideraciones, no puede hablarse de accesoriedad de la participación en los delitos de infracción de deber dado que “es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber, ella pertenece más bien a los delitos de dominio”(Caro John, 2002, p.10). En ese sentido, la evaluación de los criterios de accesoriedad que la hacen depender de la autoría corresponden solo a los delitos de dominio y no de infracción de deber.

Siguiendo con otras formas de autoría, compete analizar la coautoría en estos delitos, entonces, si para Jakobs este deber le corresponde al sujeto como parte de su estatus, y en virtud de la institución previa existente del cual forma parte, no sería posible admitir un reparto de funciones entre dos sujetos que los vincule como coautores, dado que, si ambos presentan dichos deberes de carácter institucional, ambos tendrán que responder como autores.

En ese sentido, para el profesor Caro John (2002) “La inadmisibilidad de la coautoría se explica en que ésta presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente” (p.11). Por tal razón no podría presentarse coautoría “ni cuando los intervinientes son intranei, ni cuando un intraneus y otro extraneus llevan a cabo conjuntamente el hecho típico. (Caro John, 2002, p. 11)

Por lo que se refiere a la autoría mediata, ocurre lo mismo, “donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás” (Caro John, 2002, p.11) , por lo tanto, al igual que en la autoría, no tiene importancia si el hombre de atrás o adelante es intraneus o extraneus (Caro John, 2002), no se podría imputar coautoría.

A modo resumen respecto a las modalidades de intervención, el profesor Caro John (2002) señala que:

(...) como el deber especial compete sólo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto se domine en una situación típica, el obligado especial ha nacido para ser sólo «autor directo», y no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe (instigador o cómplice). (p.12)

Ahora bien, corresponde abordar el cuarto punto, referente a cuál es la noción o concepto de las llamadas instituciones que caracterizan al grupo de los delitos de infracción de deber. Como bien se ha venido señalando, para Jakobs los delitos de infracción de deber están vinculados con la existencia de determinados deberes de carácter institucional.

El profesor Caro John (2002) para explicar la noción de estas instituciones, cita a Jakobs y señala que “Una «institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye»” (p. 6-7)

La diferencia que representa los deberes institucionales es que estos no solo implican un mandato a no dañar los bienes jurídicos ajenos sino que tiene una exigencia positiva. Sobre ello, Caro John (2002) menciona que el deber institucional va orientado al obligado especial “(...) no para que simplemente «no dañe» los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión” (p. 7).

Al clasificar estos deberes, Jakobs (1997b) menciona en su tratado “Por eso sólo se tienen en cuenta las siguientes: las relaciones paterno-filiales y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como-para los deberes genuinamente estatales- las relaciones estatales de poder” (p. 994). No obstante, como bien menciona Sánchez-Vera (2002), “más tarde, ha reducido la lista, al suprimir de la misma la institución matrimonial” (p. 41).

Como último punto de este desarrollo, habiendo detallados aspectos importantes de la tesis de Jakobs, y así como, una vez expuesta la tesis de Roxin, en un apartado anterior, resulta relevante resaltar algunas semejanzas y diferencias que se han podido observar del estudio de ambas tesis respecto a la infracción del deber.

Respecto a la autoría y participación al igual que Roxin, se señala lo siguiente en su postulado:

“mientras que en la autoría y participación en los delitos de organización se constituye y determina mediante el dominio del hecho- más exactamente mediante el quatum de lo organizado-, en los delitos de infracción de deber- en idéntico sentido que Roxin- la autoría la constituye la lesión de deber”. Jakobs subraya, igual que Roxin, que en el delito de infracción de deber el especialmente obligado habrá de responder, en principio, como autor (Sánchez-Vera, 2002, p. 39).

Otro aspecto importante se relaciona frente a la omisión, dado que, como menciona Sánchez- Vera (2002), “Jakobs llega a la misma conclusión que Roxin: en los delitos de infracción de deber existe equiparación por acción y aquella otra por omisión”(p. 39-40), en otras palabras, al final no resulta relevante si la conducta del autor es comisiva y omisiva, lo que importa es el cumplimiento o no del deber (Sánchez-Vera, 2002).

Como otro elemento que relaciona a ambos autores, vinculado a sus principales fundamentos, recordemos que Roxin habla de determinadas realidades las cuales ya se encuentran presentes, sobre este aspecto, Sánchez-Vera (2002) indica que “Jakobs, por su parte, se ha esforzado en precisar las particularidades de los deberes que nacen de esas <<realidades previas conformadas>>” (p.40)

En este sentido, “las realidades previas ya conformadas de que hablara Roxin no son otra cosa que “instituciones”” (Sánchez-Vera, 2002, p. 40), ello se explica en que la persona ingresa a una realidad ya conformada bajo una serie de instituciones que le otorgan un determinado estatus (Sánchez-Vera, 2002).

Habiendo expuesto los diversos puntos sobre la teoría de Jakobs e incluso presentado un breve desarrollo sobre las semejanzas y diferencias respecto a la teoría de la infracción

de deber de Roxin, podemos concluir a modo de resumen, que la infracción de deber para Jakobs implica:

Por un lado, para Jakobs a diferencia de Roxin, los deberes de infracción de deber se fundamentan en los deberes institucionales, como menciona el profesor Montoya (2015) citando a Sánchez- Vera “(...) nacen de un estatus del sujeto (deberes positivos)” (p. 53). Por otro lado, la diferencia entre los deberes de organización e institucionales es, como expone Sánchez-Vera (2002) que para “(..)la responsabilidad por organización se imputa consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de una institución, por su parte, existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor” (p. 38)

Asimismo, “en Jakobs, el criterio de la lesión del deber ya no es solo una regla para determinar la autoría, sino que es, además y sobre todo, fundamento esencial de la imputación jurídico penal” (Sánchez-Vera, 2002, p. 39). Por último, estas llamadas instituciones, son preexistentes a la persona, es decir, “la cualificación especial del autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmerso el autor” (Sánchez-Vera, 2002, p. 41).

Hasta ahora se han desarrollado dos tesis importantes en vinculación a la infracción de deber, las cuales permitieron resolver determinados problemas presentes en la teoría del dominio del hecho también analizada. No obstante, si bien tanto la teoría de la infracción del deber de Roxin y Jakobs tienen gran influencia en la jurisprudencia nacional, especialmente el R.N. N° 615-2015-LIMA materia de análisis, resulta fundamental abarcar ahora otra teoría que posibilita la sanción de los delitos cometidos por funcionarios públicos pero bajo otros presupuestos.

Entrar al análisis de una tercera teoría es necesaria por que nuestra Corte Suprema utiliza la teoría de infracción de deber para absolver a Alberto Fujimori Fujimori argumentando que no existió un deber positivo institucionalizado que lo vinculara con los fondos del SIN. Este fundamento a crítica personal resulta peligroso, en tanto se buscaría siempre una especie de infracción administrativa para poder imputar autoría en el delito de peculado. Es por ello que, la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico que ahora

será expuesta resulta importante por que esta se basa en el vínculo real del funcionario respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico.

### III. 3 Teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico en los delitos especiales

El desarrollo de la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico de este apartado requiere que nos remitamos a la tesis planteada por el profesor Schünemann. Es por ello que en este apartado corresponde remitirse a determinados puntos; primero, detallar el planteamiento propuesto por Schünemann; segundo, estudiar cuáles son las críticas que realiza a Roxin y Jakobs; y finalmente, cómo se vincula esta teoría con los fundamentos de la autoría y participación.

Ahora bien, partamos por señalar lo expuesto por el profesor Montoya (2015) citando a Gomez sobre la teoría de la vulneración del bien jurídico, este menciona que “parte por preguntarse cuáles son las necesidades político-criminales detrás de la decisión del legislador de elaborar un delito especial” (p.54). En esta misma línea, al explicar la concepción de Schünemann sobre los delitos especiales, Gomez (2014) señala que para el profesor alemán:

“la limitación de la autoría que tendría lugar en delitos especiales como los delitos contra la función pública (...) no podría ser explicada con la simple referencia a la infracción de un especial deber jurídico extrapenal. En su opinión, se trataría, precisamente, de profundizar más en la materialización del criterio de imputación preguntándose por las necesidades político- criminales que habrían determinado al legislador a la elaboración de un delito de deber, y que subyacería al concepto, todavía formal, de deber (p.327).

Como siguiente punto, respecto a la relación con los postulados de Roxin y Jakobs, podemos inferir que se muestra crítico, dado que descarta que el fundamento presente en los delitos especiales estén vinculados a infracciones de deberes situados fuera de lo penal, sobre sus principales críticas conviene exponer lo que sigue.

En lo que respecta a la tesis de Roxin, la cual plantea la infracción de un deber extrapenal, Schünemann (2006) considera que:

(..)su idea de que la infracción de un deber jurídico *extrapenal* constituya el fundamento para la realización del tipo penal es, en realidad, una idea de tipo puramente positivista que no contribuye en nada al desarrollo dogmático del concepto penal de injusto (p.96).

Parte de la crítica central a los deberes extrapenales defendidos por Roxin respecto a los delitos de infracción del deber, es que para Schünemann pueden existir varios deberes jurídicos extrapenales pero que no se comprende su justificación como fundamento del injusto penal, por eso se pregunta cuál sería la razón que justifica que sean particulares o específicos.

En uno de sus artículos escrito para una revista nacional, Schünemann menciona sobre la teoría inicialmente planteada por Roxin que se han presentado cambios, incluso reconocidos por el propio autor. Sobre ello, en otras palabras pretende expresar que para Roxin la clasificación que hacía respecto a catalogar los delitos imprudentes y los omisión impropia como delitos de infracción de deber fue dejada de lado. (Schünemann, 2018).

Al respecto Schünemann (2018) señala que “los dos grupos de casos más importantes nombrados a estos efectos en la monografía de Roxin de 1963 —a saber, los delitos imprudentes y los delitos omisivos— han sido eliminados desde entonces por él mismo” (p. 96 ). Y en base a lo expuesto, termina por descartar la infracción del deber extrapenal como fundamento del injusto penal, sobre ello menciona que:

Hoy es prácticamente indiscutible que el injusto no depende de la infracción de un deber extrapenal, sino de la asunción de una función de protección: bien en el sentido de la vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, o bien en el sentido de la protección total de un bien jurídico desvalido o desamparado (Schünemann, 2018. p. 96).

En referencia a la tesis de Jakobs, también cuestiona la tesis de infracción de deber planteada y hace hincapié en cómo esta ha sido recepcionada por nuestra Corte Suprema en relación al R.N. N° 615-2015-LIMA en vinculación al proceso seguido contra Alberto Fujimori Fujimori, caso sobre el que versará nuestro análisis más exhaustivo en el siguiente apartado.

Al analizar los postulados de Jakobs, para Schünemann (2018) expresa que la tesis planteada por el primero sobre la infracción del deber difiere completamente de los fundamentos expuestos por Roxin en la suya, sobre ello menciona que:

“(…)mientras que Roxin quería originalmente determinar los delitos de infracción de deber mediante la lesión de un deber especial extrapenal, para Jakobs se trata de un deber penal en sí mismo, cuya concreta infracción sería idéntica al daño para la vigencia de la norma penal general (p. 100).

Como se expuso al desarrollar la teoría de Jakobs en el apartado correspondiente, el autor alemán vincula el fin del derecho penal a la reafirmación de la vigencia de la norma, pero para Schünemann (2018) esto es criticable, en tanto afirmar el solo restablecimiento de la vigencia de la norma como fin sería solo circular. Sobre ello Schünemann (2018) señala que “la tarea del derecho penal debe ser más bien determinada socialmente” (p. 100).

En esta línea haciendo referencia a Beccaria sostiene que “ El derecho penal tiene la tarea de prevenir daños sociales o, con otra formulación de idéntico sentido, de proteger los bienes jurídicos indispensables para el individuo y la comunidad para una pacífica vida en común” (Schünemann, 2018, p.100). Es por ello que Schünemann (2018) realiza una crítica fuerte al expresar cómo en nuestra jurisprudencia nacional, ha seguido los postulados de Jakobs, sobre este particular considera que resultaría confuso que:

(…)no se puede compatibilizar con los fundamentos legales del derecho penal peruano una teoría del hecho punible que se conforme con la infracción de cualquier deber y que no tenga en consideración que un bien jurídico tutelado por la ley debe ser lesionado o puesto en peligro (101).

Schünemann (2018) señala que el derecho penal “ (...) debe, por lo tanto, dirigir sus normas prohibitivas prioritariamente a aquellas personas que ejercen el dominio decisivo sobre el proceso causal dañoso”(p. 101). Es por ello que plantea que este dominio se presentará mediante 2 aspectos: “ como dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, y como dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro” (Schünemann. 2018, p. 101).

A su vez, respecto a estas 2 formas realiza una subdivisión, en relación al dominio de vigilancia o supervisión de fuente de peligro menciona que esta se separa “ según si la



fuente de peligro consiste en una acción humana activa o en una cosa peligrosa” (p. 101). Respecto al dominio de protección sobre el bien jurídico o puesta en peligro se vincula a la vulnerabilidad del bien jurídico presente.

Desarrollemos ahora un aspecto relevante de los delitos de omisión impropio y su relación con lo abordado por el jurista alemán, dado que Schünemann (2002) señala que para el tiempo que Roxin exponía sobre los llamados delitos impropios de omisión y los consideraba como delitos de infracción de deber, existía en la jurisprudencia alemana la vinculación a la teoría formal del deber jurídico.

La teoría formal del deber jurídico implicaba hacer “depender la equiparación de la omisión con el hacer activo de que se haya lesionado un deber de actuar del autor proveniente especialmente de la ley o de un contrato, es decir, de una fuente del Derecho extarpenal” (Schünemann, 2006, p. 288). Del mismo modo, continúa señalando Schünemann (2006) que Roxin fundamentó otros delitos especiales como delitos que requieren la infracción de un deber extrapenal como elemento clave de autoría.

Esta concepción expuesta es criticada por Schünemann (2006) y basándose en el ejemplo del caso de una niñera, quien al incumplirse algún elemento propio del Derecho civil tiene un contrato nulo pero de manera consciente permite que el niño bajo su cuidado suba a una fuente y se ahogue, alude que es claro que la niñera en este caso asume una posición de garante frente al niño.

Es en base a esta situación que Schünemann (2006) que durante el año de 1971 expuso que la justificación de homologar la omisión con el hacer o comisión “no consiste en la infracción de un deber especial extrapenal, sino en la categoría de la asunción de la custodia y, de este modo, en una relación de dominio sobre el suceso” (p. 289).

Sobre ello expone que el dominio no vincula con un hacer activo, al contrario señala Schünemann (2006) esta se justifica “(...) a través de la asunción de la custodia en forma de dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico” (p. 289). En consecuencia, resume Schünemann (2006) que:

en los delitos impropios de omisión se trata, en realidad, también de una forma de dominio, es decir, - como la he denominado- de un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en los delitos de omisión

no en el propio movimiento corporal, sino en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor (p. 290).

Y es en este aspecto que la noción de protección de bienes jurídicos defendido por Schünemann (2006) guarda relación ya que “ las normas del Derecho penal con amenaza de pena deben dirigirse, en interés de esta finalidad, a aquellas personas que toman la decisión determinante sobre la cuestión de la lesión al bien jurídico” (p. 291).

Frente a lo expuesto es que en opinión de Schünemann (2006) estas nociones también deben vincularse con los delitos especiales y no solo los delitos impropios de omisión, como consecuencia señala que “debe reconocerse también en los delitos especiales que la responsabilidad penal tampoco puede vincularse aquí con la infracción de un deber especial extrapenal como tal” (p. 292).

Un elemento particular a resaltar es que para esta tesis no será importante el status del sujeto, como menciona Jakobs al hablar de los deberes institucionales que le otorgan un status especial. Para Schünemann (2006) “(...) lo que importa no es la posesión de un status, sino portar una función, con la asunción de la función se cumplen también los presupuestos del merecimiento de pena” (p. 293).

Por estas razones, Schünemann (2006) expresamente ha denominado a estos delitos especiales como “delitos especiales de garantía”, dado que “la posición de autor consiste en una posición de garante penal” (Schünemann, 2006, p. 293). En ese sentido, siguiendo nuevamente a Schünemann (2006) “todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante” (p. 293).

En consecuencia, “el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, del mismo modo, no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una situación de dominio sobre el suceso” (Schünemann, 2006, p. 295). Para ejemplificar esta noción, Schünemann (2006) señala “esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone” (p.295).

Dentro de este orden de ideas, como Schünemann habla de delitos especiales de garantía, resulta relevante conocer brevemente la clasificación que el autor mantiene sobre la

posición de garante, para lo cual divide la misma en dos grupos, habla de posición de garante en virtud de la defensa en torno al bien jurídico y como la posición de garante en virtud del control de una fuente de peligro (Schünemann, 2006).

Tomando en consideración lo señalado, el propio Schünemann reconoce que los delitos especiales en su gran mayoría están conformados por delitos especiales de garante, “en los cuales el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto” (Schünemann, 2018, p. 103). Y recalca que “la lesión o infracción de deberes institucionales no puede, por lo tanto, fundamentar como regla general ningún injusto penal”(Schünemann, 2018, p. 103).

Como último punto de este apartado, abordaremos la vinculación de esta teoría con los fundamentos de la autoría y participación, que interesan para el propósito de este trabajo académico. Al respecto es importante mencionar, sin ánimos de profundizar el análisis en el siguiente apartado, que la Corte Suprema en el R.N. N° 615-2015-LIMA señala expresamente que en virtud del deber especial institucional que vincula al delito de peculado no podría admitirse coautoría ni autoría mediata, a su vez, el imputado Alberto Fujimori Fujimori no podría responder como autor de peculado, en tanto, no ostentaba el deber específico respecto a los fondos del SIN.

Sobre este caso, el profesor Schünemann (2018) realiza su propia valoración de manera general, y al referirse a la coautoría señala que “no es posible reconocer ningún motivo concluyente por el que el dominio de protección o el dominio de supervisión no puedan ser ejercidos conjuntamente, como sucede con la división del trabajo en el caso del dominio del hecho” (p. 105).

Por último, respecto a la autoría mediata expone que tampoco existiría impedimento que se presenten casos de autoría mediata bajo los mismos fundamentos de la autoría, así menciona Schünemann que “en el marco de referencia de la teoría del dominio no existe, sin embargo, ningún reparo fundamental en contra de que el poseedor del dominio utilice para sus planes fuerzas subordinadas(...)” (p. 106).

Recapitulando, a lo largo de este tercer apartado se han expuesto diversas teorías con la intención de abordar la autoría y participación en los delitos especiales, para ello, partimos por analizar la teoría del dominio hecho, para luego abordar la teoría de la infracción de

deber, y finalmente, estudiar la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o también llamada por Schünemann teoría de los delitos especiales de garantía.

Como ha quedado claro a lo largo de estos apartados, el propósito del desarrollo de estas cuestiones dogmáticas, algunas de ellas vinculadas a nuestro ordenamiento, tiene como finalidad servir de base para lograr el objetivo del trabajo académico, el cual intenta responder a la siguiente pregunta de investigación ¿Cuál es la postura desarrollada por la Corte Suprema para resolver el Recurso de Nulidad N° 615 - 2015, respecto a la autoría en el delito de peculado doloso, en vinculación al proceso penal seguido contra Alberto Fujimori Fujimori por la compra de diversos titulares de diarios nacionales?.

Con esto en mente, a continuación, corresponde realizar el análisis concreto del R.N. N° 615-2015-LIMA correspondiente al proceso seguido contra Alberto Fujimori respecto al delito de peculado doloso, por el cual fue absuelto por nuestra Corte Suprema de Justicia.

#### **IV. Análisis de la teoría de infracción de deber aplicada por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA.**

El Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA desarrolla varios temas en relación al delito de peculado, pero para remitirnos al propósito del presente trabajo académico, se abordará solo determinados presupuestos que permitirán responder a la pregunta de investigación, es decir, comprender los fundamentos que son usados por la Corte Suprema para imputar autoría en el delito de peculado y la noción que desarrolla al catalogarla como un delito de infracción de deber, para partir de ello plantearnos las críticas.

En ese sentido, este cuarto apartado se centrará en exponer los aspectos desarrollados por la Corte Suprema al analizar determinados elementos del delito de peculado y al catalogarlo como delito de infracción de deber, luego nos centraremos en analizar cómo tales presupuestos expuestos se relacionan con la teoría de la infracción del deber planteada por Roxin y Jakobs; y finalmente, se pretende analizar desde una perspectiva propia que repercusiones genera la postura adoptada por la Corte Suprema y si la asumida resulta la más conveniente para sancionar este delito.

#### IV.1 La teoría de la infracción del deber desde la tesis de la Corte Suprema.

Para el desarrollo de este apartado resulta necesario mencionar brevemente dos agravios que fueron planteados por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori en el R.N. N° 615-2015-LIMA, dado que la Corte Suprema dentro de su análisis se pronunciará respecto a ambas para resolver el caso; sin embargo, es importante recalcar que el propósito de este trabajo se centrará respecto al primero de ellos.

El primer agravio fue el planteamiento de nulidad por la presunta vulneración del principio de legalidad, específicamente la defensa señaló que:

- i) la conducta del encausado Fujimori fujimori no se subsume en los presupuestos objetivos del delito de peculado, toda vez que no poseía vinculación funcional por “razón de su cargo” de la administración o custodia de caudales o efectos del Estado;y,
- ii) el encausado Fujimori Fujimori no tenía atribución jurídica para efectuar actos de disposición de los fondos que obran en los Institutos Armados(...). (R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 3

El segundo agravio versó sobre una causal de nulidad por la presunta afectación al derecho al debido proceso, sobre ello la defensa señaló que: “i) al encausado Fujimori Fujimori se le condenó por hechos ajenos a la acusación fiscal, pues se le imputó una conducta omisiva, ii) falta de motivación de sentencia(...), iii) vulneración del derecho a probar” (R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 3-4).

Conocidos los agravios planteados por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori, corresponde centrarnos en el primero de ellos, dado que los fines del trabajo académico están orientados a realizar un análisis de la posición de la Corte Suprema respecto al delito peculado como delito de infracción de deber y los elementos desarrollados en dicha sentencia.

Para abordar este punto, seguiremos la estructura planteada por la Corte Suprema en el desarrollo del R.N. N° 615-2015-LIMA, la cual inicialmente expone sus fundamentos de derecho, bajo dos premisas: el estudio de los presupuestos normativos que abarca la noción del delito de peculado y sus elementos, así como el catalogarlo como un delito de infracción de deber; y finalmente, realizar un análisis concreto del caso.

Ahora bien, en relación al delito de peculado, detallaremos uno de los fragmentos más resaltantes expuestos por la Corte Suprema en el R.N. N° 615-2015-LIMA, el cual señala, citando a José Reaño Peschiera y posteriormente a José A. Caro John, al explicar la noción del delito peculado, lo siguiente:

En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados –en este caso, de funcionario y servidores públicos-, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente. En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcional concreta, se ha realizado mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues el obligado especial responde siempre como autor único de un delito de infracción de deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización.

Consecuentemente, desarrolla los presupuestos típicos del delito de peculado los cuales son exigidos para los casos de autoría, sobre ello, cabe resaltar para los fines del trabajo solo algunos de los elementos desarrollados por la corte Suprema, entre los que expone señala lo siguiente:

2.1.1.1 El sujeto activo en el delito de peculado: (...) La relación funcional que posee el sujeto del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores(...).

2.1.1.2 La conducta típica

a. Existencia de una relación funcional “por razón de su cargo”.

(...)El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto (...); es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes públicos (caudales o efectos) objeto del delito deben encontrarse en posesión (mediata o inmediata) del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. (...)

Ahora bien, la posesión (bajo cualquiera de las tres formas que la norma exige de poseer: percepción administración o custodia) de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (Reglamentos, directivas, entre otros). (R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 11-13)

Resulta importante resaltar que respecto a esta posesión, la cual pudiendo ser mediata o inmediata, la Corte Suprema, en la línea de lo expuesto en el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, ha señalado que se trataría de una facultad de disposición jurídica, la cual implica que “es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica(...)” (p.32).

Ahora bien, respecto al delito de peculado como delito de infracción de deber, la Corte Suprema señala que solo admite autoría de forma directa y personal, por lo que las otras formas de autoría no serían posibles, ya sea autoría mediata o coautoría, recalcando la existencia de un deber institucional personalísimo que no puede ser compartido en línea de contribución por otros.

Sobre ello, recoge fundamentos de la doctrina afirmando la no admisibilidad de coautoría y autoría mediata, en vinculación a esta premisa la Corte Suprema señala que:

La no admisibilidad de la coautoría se explica en doctrina, en que esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son intranei, ni cuando un intraneus y otro extraneus llevan a cabo conjuntamente el hecho típico. (R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 16).

Respecto a la autoría mediata señala lo mismo, dado que en estos casos “(...) tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás” , por tal razón, no importará qué posición tenga la persona, pues lo que importa es la relación que tenga respecto al deber institucional, el cual cuando es infringido, la persona se convertirá en autor.(R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 16-17).

Con estas premisas como base, corresponde desarrollar el siguiente punto de este apartado, es decir, el análisis concreto realizado por la Corte Suprema sobre los hechos del proceso seguido contra Alberto Fujimori Fujimori por el delito de peculado doloso en calidad de autor. Al respecto nos remitimos a exponer el análisis respecto del primer punto controvertido que desarrolla el Tribunal Supremo, esto es, si Alberto Fujimori Fujimori pudo ser considerado autor del delito de peculado, en calidad de Presidente de la República.

Sobre el particular, la Corte Suprema es expresa al señalar la no configuración de los presupuestos típicos del delito de peculado atribuido a Alberto Fujimori Fujimori, para fundamentar su postura el Tribunal Supremo, toma en consideración los presupuestos normativos que desarrolló líneas anteriores y determina lo que a continuación se expone:

- “Para atribuir responsabilidad penal de peculado a un funcionario o servidor público se tiene que demostrar su vinculación funcional “ por razón de su cargo” respecto de la administración o custodia de los caudales públicos. Este



componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento- ley de la materia, ROF, MOF, etc”

(...)

“Es decir, cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado ámbito de organización (...)” (R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 20-23)

Por ello, señala que el contenido que se encuentra regulado en el artículo 118, inciso 17 de la Constitución Política es más una atribución general del Presidente de la República, puramente política y de carácter representativo, en ese sentido, no es fundamento de atribución de un deber especial, para ello se debe recurrir a la norma del sector, la cual es la del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN).

Al respecto, al verificar la norma del sector, determinó que el vínculo funcional respecto a la administración y custodia de los fondos públicos del SIN le corresponden a la Oficina Técnica de Administración, al ser el órgano encargado de la ejecución y manejo presupuestal, así como la contabilidad y las actividades de tesorería.

En base a lo expuesto, la Corte Suprema sostiene que será el Director de la Oficina Técnica de Administrativa del SIN quien tendrá la relación funcional específica, y expresamente señala que “pues en este funcionario público recae el deber institucional de fomentar y mantener seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica”. (R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 24). Sobre este deber institucional positivo de fomento nos remitiremos en breve.

Finalmente, un aspecto interesante que detalla la Corte Suprema es que no es ajena a la realidad del contexto político y social que existió, es que producto de cierta debilidad institucional se hayan presentado situaciones de administradores de hecho, como se dió en el caso de Vladimiro Montesinos Torres, quien fue condenado bajo los presupuestos de la figura de funcionario de hecho. No obstante, señala la Corte Suprema, que en el caso materia de análisis se debió probar no solo la usurpación de facto sino también que producto de esta se configuró el delito de peculado.

Hasta ahora se han expuesto los fundamentos materiales que comparte la Corte Suprema al analizar el delito de peculado y su criterio de autoría, y a la vez cómo se materializa en la resolución de un caso concreto, es decir, el proceso recaído en el R.N. N° 615-2015-LIMA que imputó a Alberto Fujimori Fujimori como autor del delito de peculado doloso, pero que finalmente terminó por absolverlo.

Como siguiente punto corresponde analizar tales fundamentos expuestos a la luz de las dos teorías de la infracción de deber desarrolladas en el trabajo académico, se hace referencia a la tesis planteada por Claus Roxin y Günther Jakobs, por tal razón, partiremos primero por resumir la postura del Tribunal Supremo expuesta anteriormente en las siguientes premisas:

- Para la Corte Suprema el delito de peculado es un delito especial y a la vez un delito de infracción de deber, dado que el círculo de autoría se encuentra restringido a ciertos sujetos que ostentan determinada cualificación y porque la responsabilidad penal del autor se fundamenta en un deber positivo institucional que es infringido.
- En los delitos de infracción de deber donde la autoría reside en la infracción de un deber positivo institucional, rige la imputación por autoría única, esto quiere decir que, para la Corte Suprema en el delito de peculado, no se admite otras formas de intervención como la coautoría ni autoría mediata.
- Para la Corte Suprema, para la configuración del delito de peculado se requiere la existencia de una relación funcional del funcionario o servidor con vinculación al patrimonio público que permite restringir el círculo de autoría. En otras palabras, el sujeto debe ostentar un deber positivo institucionalizado que le otorgue la relación funcional respecto a la percepción, custodia o administración del patrimonio público.
- Por último respecto a esta relación funcional respecto a la posesión (percepción, administración o custodia) no debe confundirse con una posesión material, sino que debe entenderse como una disponibilidad jurídica, esto quiere decir, que basta que en virtud de esta relación funcional positivizada se le haya otorgado la libertad para que pueda disponer del patrimonio.

- Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector específico donde se el autor desarrolla sus funciones, específicamente en las normas que se regulan en dicho segmento, ya sea en el ROF, MOF, otras.
- Esta vinculación funcional existente en base al deber institucional también implica el fomento o resguardo de aquellos bienes que se encuentran bajo su esfera de protección.

Ahora bien, el primer fundamento que nos expone el Tribunal Supremo requiere una remisión a la tesis de la infracción de deber del profesor Jakobs, dado que la responsabilidad en estos delitos se fundamentaría en un deber positivizado de carácter institucional que es infringido. A su vez, que se señale que este deber institucional implique el resguardo de bienes bajo la esfera jurídica del sujeto encuentra vinculación con la categoría de la competencia institucional desarrollada por Jakobs.

Respecto a esta competencia institucional, el profesor Jakobs explica que se trataría de deberes que tienen carácter positivo, que a diferencia de la competencia organizacional, la cual relaciona deberes de no hacer o lesionar los bienes de los demás, la competencia institucional exige acciones de fomento, garantía, es decir, deberes positivos, estando los deberes estatales en este grupo.

Además, otro elemento importante que se observa de los fundamentos de la Corte Suprema es la restricción de la autoría, para Jakobs será autor quien tenga la obligación generada por el deber de carácter institucional, el cual le otorgó un determinado estatus, en ese sentido, no sería posible la imputación a nivel de coautoría o autoría mediata, tal línea de fundamento es aceptada por nuestro Tribunal Supremo.

Además, como se señaló en el apartado correspondiente a la tesis respectiva “en Jakobs, el criterio de la lesión del deber ya no es solo una regla para determinar la autoría, sino que es, además y sobre todo, fundamento esencial de la imputación jurídico penal” (Sánchez-Vera, 2002, p. 39). Por último, estas llamadas instituciones, son preexistentes a la persona, es decir, “la cualificación especial del autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmerso el autor” (Sánchez-Vera, 2002, p. 41).

Como se ha podido observar de estos puntos, el Tribunal Supremo vincula el análisis del delito de peculado como delito de infracción de deber tomando como fundamentos determinados presupuestos presentes en la teoría de Jakobs, tal caso generará una serie de resultados, que ahora expondremos.

No obstante, también es importante mencionar algunos aspectos que podrían vincularse con la tesis de Roxin, para ello, recapitulemos lo que se concluyó en el apartado correspondiente a su teoría, en ella se sostiene en que en los delitos de infracción de deber se infringe un deber extrapenal, y estos son deberes ya existentes, los cuales el autor llama realidades previas y que usualmente se originan en otras ramas jurídicas.

Este presupuesto, nos tentará a llevarnos a pensar en la referencia a las normas del sector que menciona la Corte Suprema al analizar el caso, dado que habla que para determinar esta relación funcional se debe remitir a sector social donde se desenvuelve el autor, es decir, el ROF y MOF del SIN, con el propósito de determinar si existe el deber establecido dentro sus funciones específicas.

Al respecto, es importante hacer mención lo que el mismo Roxin (2000) también expone en su Tratado al mencionar sobre los deberes extrapenales, señala que estos no se tratan de deberes generales como el de la ética pública del funcionario sino que hace referencia a deberes específicos los que harán que un determinado sujeto sea autor cuando los quebrante.

Ahora bien, las consecuencias de asumir los fundamentos desarrollados por la Corte Suprema pueden ser vistos en la propia decisión de la sentencia, la cual, sin entrar a analizar otros elementos como las cuestiones probatorias, termina por argumentar la imposibilidad de imputar autoría por el delito de peculado si el funcionario público no tiene un deber positivizado a nivel institucional, que se remita a otro sector, donde se establezca específicamente el deber respecto a la percepción, custodia o administración de los efectos o caudales públicos.

Como vimos, la teoría que acoge el Tribunal Supremo toma en cuenta premisas de la tesis de Jakobs sobre la infracción de deber pero también determinados elementos que pueden

llevarnos a ciertos postulados de Roxin. Sobre ello, se comparte el análisis crítico que realiza Sánchez - Vera sobre ambos autores, que vincula el desarrollo de sus conceptos.

Si bien ambos autores en sus respectivas tesis presentan diferencias, principalmente respecto a lo que representa el deber específico, dado que para Roxin termina siendo el fundamento solo para determinar autoría pero para Jakobs es el fundamento de todo el injusto penal, pese a ello, ambos se encuentran vinculadas, al respecto Sánchez- Vera (2002) señala que:

Como se indicó supra, en la opinión de Roxin los conceptos de dominio y deber << se encuentran frente a los tipos correspondientes como realidades previas ya conformadas>>. Jakobs, por su parte, se ha esforzado en precisar las particularidades de los deberes que nacen de esas << realidades previas ya conformadas>>. En primer término, característica de todos ellos es poder ser reconducidos al concepto genérico de “institución”; en otras palabras, las realidades previas ya conformadas de que hablara Roxin no son otra cosa que “instituciones” (p. 40).

Desde mi punto crítico puede aducirse que en determinados aspectos ambas teorías pueden complementarse pero también presentan fundamentos que vinculan dogmáticamente a sus autores que marcan una diferencia, por ello, aun si consideramos que ambas tesis son totalmente distintas o no, igual es posible encontrar en el desarrollo de la Corte Suprema fundamentos que se relacionan con ambas, ello ha generado que se resuelva el caso materia de análisis bajo tales premisas y que se sostenga en nuestra jurisprudencia una determinada postura al resolver casos vinculados al delito de peculado.

A continuación, como último apartado, corresponde abordar determinadas consecuencias que genera la postura asumida por la Corte Suprema y una apreciación crítica desde la cual se considera debió analizarse el caso correspondiente, para lo cual nos servirá el estudio que realizamos sobre la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico que fue analizada.

#### IV.2 Consecuencias y apreciación crítica de la posición de la Corte Suprema.

Como es posible deducir del desarrollo realizado líneas anteriores, la Corte Suprema decidió absolver a Alberto Fujimori Fujimori de la imputación a título de autoría del delito de peculado doloso por los hechos relacionados a la presunta compra de diarios nacionales para favorecerlo en durante su campaña de reelección en los años 1998-2000, por lo cual se le imputó el haber ordenado el desvío de fondos del presupuesto del SIN, a través de denominados “gastos reservados”.

Al analizar todos los elementos y puntos controvertidos, el Tribunal Supremo dentro de los presupuestos que concluye, señala que:

(...) Se advierte que el material probatorio actuado no resulta suficiente para generar convicción sobre la responsabilidad penal del encausado Fujimori Fujimori, por el delito de Peculado, máxime si se tiene que no obra en autos instrumental pertinente que se constituya como suficiente prueba de cargo y permita generar convicción respecto de su responsabilidad penal, **ya que no se acreditó la vinculación funcional “por razón de su cargo” del encausado Fujimori Fujimori para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN -fondos de régimen especial (...)** (R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 46).

Al respecto, como se advierte de los presupuestos señalados por la Corte Suprema, el sostener que el delito de peculado es un delito de infracción de deber que requiere la existencia de una relación funcional fundamentado en un deber institucional positivo, va a determinar una restricción en el círculo de autores no solo como delito especial, sino que la exigencia de que el deber esté establecido en una norma del sector, como el ROF o el MOF, a mi parecer no resultaría lo más conveniente.

Lo expuesto, tal como es postura del Tribunal, restringe que se pueda imputar otras formas de autoría como la coautoría o incluso autoría mediata, al señalar la existencia de un autor único en estos delitos, podría terminar por contradecir el las reglas de autoría y participación de nuestro ordenamiento jurídico penal (Rodríguez, 2016, p. 11). A mi juicio esta es una consecuencia importante que no debe dejarse de lado.

A su vez, resulta notorio que la Corte Suprema al fundamentar este delito en los deberes institucionales para después reconducirse a las normas que regulan las funciones del sector del SIN no llega a ser a mi parecer muy convincente, dado que no llega a desarrollar de manera más profunda la naturaleza de estos deberes, por un lado nos puede parecer que señala la necesidad de un deber meramente positivizado pero también se vincula con la competencia institucional de Jakobs, la cual implica un deber institucional de carácter positivo, es decir, de acciones de fomento y garantía de protección de bienes.

De tomar una postura como la anterior, tendríamos que remitirnos siempre a una norma como el ROF, MOF en la administración pública e identificar el deber específico que le corresponde al funcionario y solo si se encuentra claramente establecida podría infringirla, y consecuentemente ser imputado como autor; sin embargo, esto ocasionaría problemas en la práctica, dado que siempre tendría que existir una mera infracción administrativa, no resultando a primera vista coherente en un sistema donde la protección de bienes jurídicos es esencial.

Es por ello que, la teoría de la vulneración de bienes jurídicos resultaría la más pertinente, sin ánimos de aclamar que no presenta también puntos por seguir analizando, pero como se expuso anteriormente, mediante ella Schünemann basa su planteamiento en señalar que para los delitos especiales se debe partir por la pregunta de cuál es la necesidad político-criminal que la fundamenta.

En relación a ello, Gómez (2014) señala que Schünemann afirma en vinculación a esta teoría o método “(..) que la razón de ser general de los distintos deberes especiales presentes en los tipos concretos sería la especial lesionabilidad del bien jurídico con respecto al autor descrito en el tipo correspondiente” (p. 328).

Como se expuso cuando se desarrolló la tesis de Schünemann, se comparte el fundamento sobre cómo el infringir deberes institucionales no puede ser la regla general para sostener un injusto penal, al contrario, se debe analizar la relación de dominio de protección que se presenta sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, de esta manera se podría imputar casos donde exista coautoría o autoría mediata.

Resulta relevante incluso señalar que en la crítica que realiza Schünemann a los delitos de infracción de deber en un artículo escrito para la comunidad peruana, también de manera breve y preliminar se muestra no convencido con los fundamentos sostenidos por la Corte Suprema para absolver a Alberto Fujimori Fujimori, sobre ella expresamente señala que:

De ahí se deduce forzosamente, en mi opinión, que la resolución de la Corte Suprema peruana en el nuevo caso Fujimori no puede convencer en su parte dogmática. No veo ningún motivo por el que Fujimori, en cuanto Presidente de la República altamente responsable del patrimonio público de Perú, no pueda haber sido coautor de un delito de peculado junto con el encargado especial Montesinos y el Director de la Oficina Técnica de Administración del Servicio de Inteligencia Nacional (Schünemann, 2018, p. 108).

Por tales razones, y habiendo desarrollado las teorías expuestas, es que la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, por un lado, permite que en un ordenamiento como el nuestro donde la protección de los bienes jurídicos constituye el fin del derecho penal, el cual se comparte, exista coherencia frente a los criterios establecidos, así como frente a los fundamentos de la autoría y participación regulado en nuestro Código Penal.

Y por otro lado, esta teoría permite que se puedan analizar de manera más acertada los casos de delitos de corrupción de funcionarios tomando en cuenta la naturaleza concreta que vincula al funcionario y servidor público cuando asume el cargo y su posición frente a determinados bienes jurídicos, no basándonos en meras infracciones administrativas que podría ocurrir desde la posición asumida por la Corte Suprema al adherirse a la teoría de la infracción de deber, sino responder frente al vínculo real que presenta el funcionario respecto al bien jurídico.

## **V. CONCLUSIONES.**

- Para la Corte Suprema de Justicia el delito de peculado es un delito especial y a la vez un delito de infracción de deber. Es un delito especial, en tanto, se requiere reunir una determinada cualificación especial, y es un delito de infracción de deber en tanto, requiere de la infracción de un deber positivo institucionalizado.
- Estos deberes de carácter institucional, deben ser buscados, tratándose del delito de peculado, para comprobar el vínculo funcional establecido para el funcionario



público, en las normas del sector respectivo, es decir, en el Manual de Organizaciones de Funciones o el Reglamento de la propia institución pública.

- Solo si existe este deber funcional previamente establecido y regulado en el sector correspondiente podría imputarse autoría a quien lo infrinja, dado que si este deber no se encuentra establecido, el funcionario público no podría ser autor del delito de peculado.
- La Corte Suprema termina por asumir la postura del autor único para estos tipos de delitos, lo cual termina por restringir otras formas de intervención, en ese sentido, imposibilita que se pueda configurar coautoría o autoría mediata. En consecuencia, terminaría por contradecir los fundamentos de autoría y participación regulados en nuestro Código Penal, que regula la autoría directa y mediata.
- La tesis vinculada a la infracción de deber acogida por la Corte Suprema para el delito de peculado recoge fundamentos presentes en la teoría de Jakobs, dado que requiere la existencia de un deber de carácter institucional, los cuales van, a su vez, requerir acciones de fomento y garantía de determinados bienes presentes en la esfera jurídica del sujeto, lo cual nos remite a la competencia institucional desarrollada por Jakobs.
- Así como los planteamientos de la Corte Suprema nos remiten a determinados presupuestos de la teoría de la infracción de deber de Jakobs, también nos permite relacionarnos con determinados elementos abordados por Roxin en su respectiva teoría, principalmente, frente a la necesidad de remitirnos a la norma del sector para establecer el deber, dado que Roxin habla de la infracción de deberes extrapenales, no de carácter general, sino específicos contenidos en otros sectores normativos.
- Tanto si encontramos vinculación en la tesis de Jakobs como Roxin, la postura asumida por la Corte Suprema va a generar inconvenientes al momento de imputar autoría en estos delitos, en el caso en el delito de peculado, ya que siempre requerirá que nos remitamos a una norma del sector respectivo donde se identifique el deber funcional respecto del patrimonio de manera específica, caso contrario nunca podrá ser autor.
- Es por ello que se considera que la tesis desarrollada por Schünemann, resulta la más conveniente y apropiada, sin el propósito alegar que es absolutamente

irrefutable, dado que como toda teoría es pasible de crítica y cambios, pero sí la más coherente para sancionar este delito en nuestro ordenamiento.

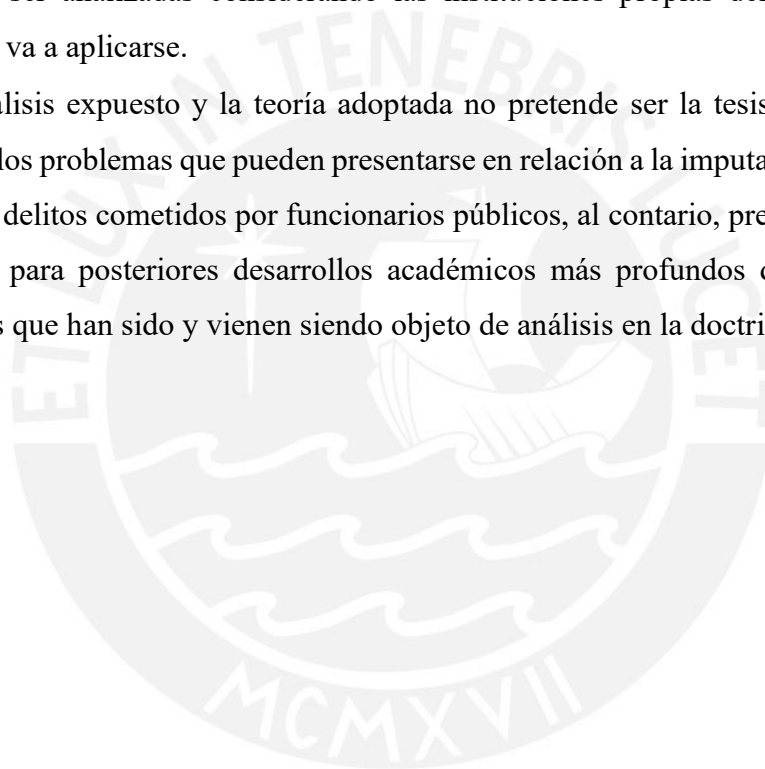
- Mediante la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, o llamada por Schünemann de la especial posición de garante, se permite que en un ordenamiento como el nuestro, donde se establece la protección de los bienes jurídicos como función del derecho penal, exista coherencia frente a los fundamentos regulados. Dado que bajo este planteamiento Schünemann al señalar los delitos especiales indica que esta debe partir por la pregunta de cuál es la necesidad político-criminal que la fundamenta.
- Mediante la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico se podrán analizar de manera más acertada los casos vinculados al delito de peculado, tomando en cuenta la posición que asume el funcionario público cuando acepta el cargo y la relación que tiene respecto a determinados bienes jurídicos.
- La teoría y desarrollo expuesto por la Corte Suprema implica que para la imputación de autoría del delito de peculado nos remitamos siempre a una infracción administrativa, esto podría traer inconvenientes si existe un escenario donde a nivel administrativo el deber del funcionario no esté bien determinado en la norma del sector, dejando la posibilidad de ocasionar casos de impunidad.
- Caso contrario ocurre con la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, dado que permite recurrir de cierta forma a la realidad y cómo se relaciona el sujeto respecto al bien jurídico que se encuentra en relación.

## **VI. RECOMENDACIONES.**

- En base al desarrollo abordado, es posible plantear como una recomendación dirigida principalmente al ámbito académico de estudiantes o personas interesadas en el tema, el poder contribuir a un análisis crítico de las teorías que son acogidas en nuestra jurisprudencia para resolver un caso, como ocurre respecto a la R.N. N° 615-2015-LIMA, la cual plantea una determinada línea doctrinal respetada y ampliamente seguida pero que debe ser sometida a un juicio crítico.
- La teoría de la infracción de deber desarrollada por Roxin y Jakobs permite responder frente a determinados inconvenientes que no eran posible mediante la teoría del dominio del hecho; sin embargo, no debe tomarse como la única línea de análisis, y que no pueda estar sometida a crítica frente a determinados delitos

especiales, ya que como se ha podido exponer anteriormente, la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico permitiría responder de manera más coherente la imputación de autoría en el delito de peculado, tomando en cuenta el rol asumido por el funcionario voluntariamente, bajo el cual adquiere una determinada posición frente a los bienes jurídicos con los que se relaciona.

- Los diversos casos de corrupción existentes en nuestro país, las distintas modalidades y las consecuencias que origina, exige que seamos críticos frente a las resoluciones de nuestros Tribunales, las teorías a nivel dogmático nos permiten comprender determinadas líneas doctrinales seguidas en un sector pero estas deben ser analizadas considerando las instituciones propias del ordenamiento donde va a aplicarse.
- El análisis expuesto y la teoría adoptada no pretende ser la tesis de solución a todos los problemas que pueden presentarse en relación a la imputación de autoría en los delitos cometidos por funcionarios públicos, al contrario, pretende servir de ayuda para posteriores desarrollos académicos más profundos de las diversas teorías que han sido y vienen siendo objeto de análisis en la doctrina penal.



## BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, V. M. (2014). *Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y participación en los delitos de infracción del deber: Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons.
- Cáceres, J. R. E. (2012). *El delito [de] peculado: Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: IDEMSA.
- Caro, J.A (2002). *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Recuperado en <https://bit.ly/36uL4m4>.
- Chanjan Document, R., Torres Pachas, D., & Gonzales Cieza, M. (2020). Claves para reconocer los principales delitos de Corrupción, 72.
- Chanjan Documet, R. H. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Derecho Penal y Criminología*, 38(104), 121–150. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>.
- (2014) *La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso*. Pontificia Universidad Católica del Perú [Tesis para optar por el título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5647>.
- Defensoria del Pueblo (2019). *Mapas de la Corrupción en el Perú*.
- Garcia, C. P., Vilchez, C. R. (2020). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas Solución Editorial.

- Guimaray Mori, E. (2015). Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales. *IUS ET VERITAS: Revista de La Asociación IUS ET VERITAS*, 24(51), 286–296.

- Gomez, M. V (2006). Los delitos especial. España: Edisofer S. L.

Gomez, M. V., y otros. (2014). *Dogmática del derecho penal: Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schönmann por su 70° aniversario*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Hurtado, P. J., & Tiedemann, K. (2009). Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal. Lima: Fondo editorial PUCP.

- IDEHPUCP (2014). Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la Corrupción y justicia penal. Lima.

- Jakobs, G. (1997a). Estudios de derecho penal. Madrid: UAM.

(1997b). Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons.

- Jakobs, G., & Jornadas Internacionales de Derecho Penal. (1994). *La Competencia por organización en el delito omisivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

- Jakobs, G., Rey, S. L., & Sánchez-Vera, J. (2000). *Acción y omisión en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

- Jakobs, G., & Cancio, M. M. (2001). *Qu protege el derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*. Mendoza, Arg: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Meini Mendez, I. F. (1998). Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. *Derecho PUCP*, 52, 883.  
  
(2017). La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP.
- Mir, P. S. (1990). *Derecho penal: Parte general : fundamentos y teoría del delito*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias.
- Montoya, V. Y. (2015). Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).
- Muñoz, C. F. (1990). *Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Proética (2019). XI Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupciones. Informe especial preparado para Proética. Lima.
- Robles, P. R. (2013). Deberes negativos y positivos en Derecho penal. *InDret*, 4, 12–22.
- Rodriguez, V. J. (2016) breve comentario a la sentencia “diarios chicha” y a la teoría “del autor único” en los delitos de infracción de deberes “institucionalizados”. Lima: IDEHPUCP. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/COMENTARIO1.pdf>
- Rojas, V. F. (2001). Delitos contra la Administración Pública (Segunda edición). Lima: Grijley.
- Roxin, C., Cuello, C. J., Serrano, G. M. J. L., & Cobo, . R. M. (2000). *Autor a y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.

(1997). *Derecho penal: : parte general*. Madrid: Civitas.

(2012). InDret REVISTA PARA EL WWW. INDRET.COM Análisis del Derecho. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. Retrieved from <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>

- Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (2005). Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (2016). Casación N° 634-2015/LIMA, LIMA de fecha 28 de Junio de 2016.

- Salinas, S. R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública* (Cuarta edición). Lima: Iustitia.

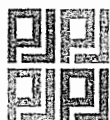
(2013). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de Funcionarios. *Journal of Chemical Information and Modeling*, 53(9), 1689–1699. <https://bit.ly/3wLFB63>

- Sánchez Verá, G.T. J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.

- Schünemann, B. (2006). *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: IDEMSA.

(2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: Con una aportación a la metodología del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.

(2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Lima: Revista de la facultad de Derecho PUCP N°81, pp.93-112. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>.



**Sumilla:** El tipo penal de peculado hace referencia a un funcionario público no *in abstracto*, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública "por razón de su cargo"; es decir, para que opere el comportamiento típico de *apropiarse* o *utilizar*, los bienes públicos objeto del delito deben encontrarse en posesión [inmediata o mediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Debe tener, por tanto, competencia funcional específica. Por lo que, si dicha relación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no se configura el delito de peculado.

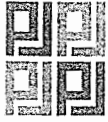
Lima, dieciséis de agosto de dos mil dieciséis.-

**VISTOS:** la causa penal seguida contra Alberto Fujimori Fujimori y los recursos impugnatorios interpuestos por:

El procesado contra la sentencia del ocho de enero de dos mil quince -fojas once mil treinta y tres- que lo condenó como autor de la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso, a ocho años de pena privativa de libertad efectiva y a la pena de inhabilitación por el término de tres años, de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código penal.

La parte civil, representado por la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción, en el extremo que impuso tres millones de soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar en forma solidaria con los demás condenados en la causa 30-2001/ISPE/CSJL, a favor del Estado.





Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, y emitiendo pronunciamiento con lo expuesto por el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO:**

## I.- ANTECEDENTES:

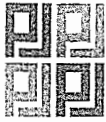
### 1.1. IMPUTACIÓN CONTRA EL ENCAUSADO ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Conforme la acusación fiscal -fojas cinco mil seiscientos treinta y nueve, ampliada a fojas cinco mil setecientos ocho- se imputa al encausado Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de ex Presidente de la República, haber ordenado, entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN por un monto de S/122'000.000.00 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de "Gastos Reservados", que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados "Diarios Chicha", para su campaña de reelección presidencial del período 2000-2005, con los que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos.

### 1.2. AGRAVIOS PLANTEADOS POR LAS PARTES IMPUGNANTES

#### 1.2.1. AGRAVIOS DE LA DEFENSA DEL ENCAUSADO FUJIMORI FUJIMORI

La defensa técnica del encausado Fujimori Fujimori fundamenta su recurso de nulidad -fojas once mil ochenta-, alegando que este Tribunal Supremo debe declarar alternativamente la absolución de la acusación o la actuación de un nuevo juicio oral por otro Tribunal,



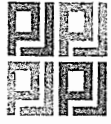
contrario sensu la reducción de la pena y la reparación civil; a estos efectos invoca:

a) causal de nulidad por vulneración al principio de legalidad, pues:

i) la conducta del encausado Fujimori Fujimori no se subsume en los presupuestos objetivos del delito de peculado, toda vez que no poseía vinculación funcional "por razón de su cargo" de la administración o custodia de caudales o efectos del Estado; y, ii) el encausado Fujimori Fujimori no tenía atribución jurídica para efectuar actos de disposición de los fondos que obran en los Institutos Armados, pues dicha disponibilidad y administración le corresponde a los generales competentes; y, por razón de su función, a los generales de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano, y en el caso del SIN al Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional.

b) causal de nulidad por afectación al debido proceso, toda vez

que: i) al encausado Fujimori Fujimori se le condenó por hechos ajenos a la acusación fiscal, pues se le imputó una conducta omisiva [omitió cautelar los fondos públicos que normativamente estaban bajo su control] que no fue materia de acusación fiscal, ya que sólo se le atribuyó ser autor de peculado por haber realizado una acción o conducta positiva de "ordenar", hecho que vulnera el principio acusatorio y el derecho de defensa; ii) falta de motivación de sentencia, pues no se analiza si el encausado ordenó que los fondos desviados al SIN sean utilizados en su campaña de reelección presidencial comprando los



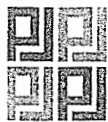
denominados "Diarios Chicha", y falta de justificación de las premisas "activa participación en las actividades del SIN" por parte del procesado y su "presencia casi permanente en sus instalaciones"; y, **iii)** vulneración del derecho a probar, pues se omitió valorar la transcripción del video N° 1792, donde se observa que el encausado Fujimori Fujimori desconocía de los hechos investigados en el presente proceso.

- c) para la determinación de la pena se debe merituar que el encausado Fujimori Fujimori carecía de antecedentes penales, lo que permite una reducción de pena, y para la reparación civil se debe considerar los cuestionamientos efectuados a las pericias contables actuadas en el proceso.

#### 1.2.2. AGRAVIOS PLANTEADOS POR LA PARTE CIVIL

El Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción fundamenta su recurso de nulidad -fojas once mil sesenta y nueve-, en el extremo de la reparación civil, solicitando se le imponga al procesado el pago de tres millones de soles, argumentando que:

- a) el monto de reparación civil debe elevarse prudencialmente tomando como referencia que el perjuicio ocasionado al Estado asciende a S/. 122'000.000.00 (ciento veintidós millones de soles).
- b) no es adecuado el pago que en forma solidaria deberá abonar el recurrente con los demás condenados, toda vez que este proceso es autónomo e independiente del caso N° 30-2001 "Caso



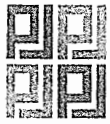
Madre", en el que se condenó a sus coprocesados Vladimiro Montesinos y otros; por lo que, la reparación civil que deberá pagar el condenado debe ser a título personal.

Cabe precisar, que el 28 de junio de 2016 se llevó a cabo la vista de la causa ante este Supremo Tribunal, en la cual informaron oralmente:

- **La defensa del acusado:** el abogado William Castillo Dávila, quien si bien en su recurso impugnativo escrito plantea pretensiones alternativas [su pretensión principal está dirigida a la absolución de su patrocinado por no encontrarse acreditada la responsabilidad penal por el delito que se le imputa; y, su pretensión subordinada está dirigida a la realización de un nuevo juicio oral por otro Tribunal, o en su defecto una reducción de la pena y reparación civil]; sin embargo, en acto de informe oral dejó subsistente su pretensión principal (absolución) desistiéndose de las demás.
- **Por la parte civil:** el abogado Gino Gutiérrez Ancas, representante de la Procuraduría Anticorrupción quien reprodujo sus pretensiones resarcitorias.
- **El representante del Ministerio Público:** no asistió a informar oralmente, dejándose constancia en Relatoría.

### 1.3. DEL DESARROLLO DEL PROCESO

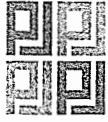
Conforme se advierte a fojas cuatro mil setecientos noventa y nueve, la Sexta Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante dictamen N° 41- 2006, del veintiséis de diciembre de dos mil seis, **inició investigación preliminar** contra el Ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, por la presunta comisión del delito de peculado, en virtud a las copias certificadas de



la resolución del veintiséis de enero de dos mil cinco, [véase sentencia del Exp. 30-2001, denominado "Caso Madre", obrante a fojas uno a ciento noventa y tres] remitidas por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a Vladimiro Montesinos Torres, Elesván Bello Vásquez y José Guillermo Villanueva Ruesta, por delito contra la tranquilidad pública - Asociación Ilícita para delinquir, en agravio del Estado; así como, a Vladimiro Montesinos Torres, Elesván Bello Vásquez, José Guillermo Villanueva Ruesta, Humberto Guido Rozas Bonuccelli, Wilbert Ramos Viera, Alejandro Eulogio Estenos Sepúlveda, Fernando Luis Oliveri Agurto, Pablo Miguel Document Silva, José Luis Olaya Correa, Edgar Hugo Camargo Camacho, Moisés Wolfenson Woloc, por delito contra la administración pública - Peculado, en agravio del Estado, que fue confirmada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema -véase R.N. N° 1205-2005 del dos de marzo del dos mil seis, de fojas doscientos treinta y nueve-.

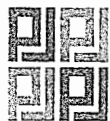
En mérito a ello, mediante Dictamen 41-2008, del veintiséis de marzo de dos mil ocho -fojas cinco mil cuarenta y siete-, la Sexta Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, **formalizó denuncia penal** contra Alberto Kenya Fujimori o Alberto Fujimori Fujimori por delito contra la Administración Pública-peculado, en agravio del Estado.

Mediante resolución del seis de abril de dos mil nueve -fojas cinco mil cincuenta y uno-, el Quinto Juzgado Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima **declaró no haber mérito para abrir instrucción vía ordinaria** contra Alberto Kenya Fujimori o Alberto Fujimori Fujimori, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública-



Peculado, en agravio del Estado, fundamentado su resolución en la falta de relación funcional entre el sujeto activo [encausado Fujimori Fujimori] y los caudales o efectos estatales, no vinculados a su ámbito de competencia [Ver parte in fine del fundamento cuarto]. Dicha resolución fue impugnada por el representante del Ministerio Público -fojas cinco mil setenta y cinco- y la Procuraduría Pública Ad-Hoc -fojas cinco mil setenta y siete-, siendo resuelta por la Tercera Sala Penal Especial, mediante resolución del veintidós de enero de dos mil diez -fojas cinco mil ciento trece- que revocó el citado auto y reformándola dispusieron se proceda a abrir proceso penal, fundamentando su decisión bajo el amparo del artículo 118, numeral 17, de la Constitución Política del Estado, que regula como función del Presidente de la República la administración de la hacienda pública, lo que da sustento a la relación funcional y al delito de peculado atribuido [Ver fundamento veinticinco].

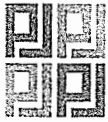
En virtud a la resolución citada, el Cuarto Juzgado Penal Especial de la Corte Superior de Lima mediante resolución del seis de abril de dos mil diez -fojas cinco mil ciento veinticinco-, **abrió instrucción vía ordinaria** contra Alberto Kenya Fujimori o Alberto Fujimori Fujimori, en calidad de autor por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública-Peculado, en agravio del Estado, dictándose mandato de detención, habiéndose suspendido la ejecución de la medida coercitiva impuesta al imputado Fujimori Fujimori a resultas del pedido de ampliación de extradición formulado el dieciséis de abril de dos mil diez y su concesión, de fojas cinco mil ciento cuarenta y cuatro y cinco mil seiscientos doce respectivamente. Asimismo, por resolución del dieciséis de abril de dos mil diez resolvió integrar el auto de apertura de



instrucción a fin de tener por sus nombres correctos al procesado Alberto Fujimori Fujimori.

Es de precisar que el representante del Ministerio Público, en su **Dictamen Acusatorio** N° 20- 2012 del once de marzo de dos mil trece -fojas cinco mil seiscientos treinta y nueve-, formuló acusación contra Alberto Fujimori Fujimori como autor del delito contra la Administración Pública-Peculado en agravio del Estado, solicitando se le imponga ocho años de pena privativa de libertad y tres años de pena de inhabilitación, así como al pago de tres millones de soles por concepto de reparación civil. Este dictamen acusatorio fue observado por la Cuarta Sala Penal Liquidadora, mediante resolución del siete de mayo de dos mil trece -fojas cinco mil setecientos tres- disponiendo su subsanación en el extremo que "*no se desarrolla el contenido de la relación funcional en la conducta del procesado (...)*". Siendo subsanado mediante dictamen N° 47-13 del veintiocho de mayo de dos mil trece -fojas cinco mil setecientos ocho-, donde el representante del Ministerio Público señaló que la observación efectuada por la Sala Superior se halla detallada en el análisis fáctico del dictamen acusatorio, precisándose que la Sala Superior en mérito a sus facultades, podrá pronunciarse al respecto, reproduciendo el dictamen N° 20- 2012.

**El juicio oral** se inició el diecisiete de octubre de dos mil trece, desarrollándose en sesiones continuadas -cincuenta y nueve sesiones- El trámite de deliberación de carácter secreto se efectuó



oportunamente con los resultados que arroja la sentencia materia de grado, cuya lectura se efectuó en la sesión sexagésima.

El Tribunal Penal Superior estimó que al haberse acreditado la responsabilidad penal del imputado Alberto Fujimori Fujimori correspondía emitir una **Sentencia condenatoria**, condenándolo como autor del delito contra la administración pública-peculado doloso, a ocho años de pena privativa de libertad efectiva; imponiéndole la pena de inhabilitación por el término de tres años, de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código penal; y el pago de tres millones de soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar en forma solidaria con los demás condenados en la causa 30-2001 1SPE/CSJL, a favor del Estado.

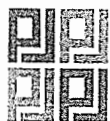
## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

### 2.1. PRESUPUESTOS NORMATIVOS A TENER EN CUENTA EN EL CONTEXTO DE UN DEBIDO PROCESO

#### 2.1.1. EL DELITO DE PECULADO

El artículo 387º del Código Penal vigente, tipifica el delito de peculado, señalando que "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)".





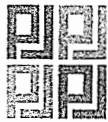
En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas<sup>1</sup>. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados -en este caso, de funcionarios y servidores públicos-, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente<sup>2</sup>. En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcional concreta, se ha realizado mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues el obligado especial responde siempre como autor único de un delito de infracción de deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización<sup>3</sup>.

Bajo esta perspectiva, se desarrollará dogmáticamente los presupuestos típicos que exige la autoría delictiva del funcionario

<sup>1</sup> Vid. Reaño Peschiera, José Leandro, *La administración de caudales por delegación de competencias funcionariales*. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 4, Lima, Grijley, 2003, p. 351.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Vid. Caro John, José Antonio, *El funcionario público como autor de un delito de infracción de deber*. En Consejo Nacional de la Magistratura (Ed.). Balance y Desafíos a 20 años de funcionamiento. Lima, 2015, pp. 194-195.



público para la configuración del delito de peculado, a fin de salvaguardar el principio de legalidad y las reglas contenidas en el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, su fecha treinta de setiembre de dos mil cinco.

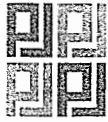
**2.1.1.1. El sujeto activo en el delito de peculado:** en este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro<sup>4</sup>.

La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo la hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional.

**2.1.1.2. La conducta típica:** la apropiación o la utilización, son los dos supuestos que utiliza la norma penal para definir los comportamientos típicos del sujeto activo en el delito de peculado, las mismas que

---

<sup>4</sup> Vid. Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Ed. Grijley, Lima, 2007, p/ 480.

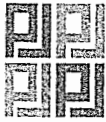


deben contener elementos para su configuración, tales como: a) Existencia de una relación funcional "por razón del cargo"; b) La percepción, administración o custodia; c) La apropiación o utilización; d) Destinatario, para sí o para otro; y, e) Los caudales o efectos.

#### a) Existencia de una relación funcional "por razón de su cargo"

*Prima facie* debemos mencionar que no todo funcionario público - por su sola condición- podrá ser sujeto activo del delito de peculado. El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no *in abstracto*, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública "por razón de su cargo"; es decir, para que opere el comportamiento típico de *apropiarse o utilizar*, los bienes públicos [caudales o efectos] objeto del delito deben encontrarse en **posesión** [mediata o inmediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Por lo que, si dicha relación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado.

Ahora bien, la posesión [bajo cualquiera de las tres formas que la norma exige de poseer: percepción, administración o custodia] de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (Reglamentos, directivas, entre



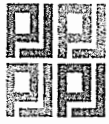
otros). Dicha posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos, o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional<sup>5</sup>. En esa misma línea, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, del treinta de setiembre de dos mil cinco, ha dejado en claro que para la existencia del delito de peculado no es necesario que, sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica [Véase fundamento sexto del Acuerdo Plenario en mención].

#### **b) La percepción, administración y custodia**

Conforme se ha referido en el párrafo anterior para configurarse el injusto de peculado resulta necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña, conforme se detalla a continuación:

1. **Percepción.** Hace referencia a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, donaciones,

<sup>5</sup>Vid. Bernal Pinzón, Jesús, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Ed. Temis, Bogotá, 1965, p. 23.



etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal en calidad de bienes públicos.

2. **Administración.** Implica la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. La administración de los caudales públicos por parte del autor tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas o mediatas con el caudal, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego<sup>6</sup>.

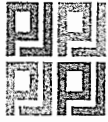
3. **Custodia.** Implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

En virtud a estas formas de posesión que el tipo penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, conducción y vigilancia (deber de garante), en razón de las obligaciones inherentes a su cargo sobre los bienes públicos.

### c) La "apropiación o utilización"

No puede haber apropiación o utilización propia de peculado si no hay relación funcional entre el sujeto activo y el patrimonio público. Sobre esta base se articulan las modalidades delictivas de comisión estipuladas en esta figura penal.

<sup>6</sup> Vid. Rojas Vargas, Fidel, Op. cit., p. 489.



La **apropiación** consiste en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos -el agente activo realiza actos de disposición como si fuera el dueño del bien, esto es, determinado por el *animus domine*: ejerce sobre él actos de dominio inconfundibles que justifica su tenencia-<sup>7</sup>.

La **utilización** estriba en que el agente se aprovecha de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

#### d) El destinatario "para sí o para otro"

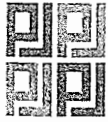
El destinatario, en el supuesto "para sí", actúa por cuenta propia, apropiándose de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros.

En el supuesto "para otro" el agente activo realiza un acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

#### e) Los "caudales o efectos"

Los "caudales" son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los "efectos" son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

<sup>7</sup> Vid. Gómez Méndez, Alfonso/Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 292.



### 2.1.2. EL DELITO DE PECULADO COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE UN DEBER

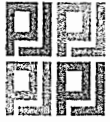
El delito de peculado al ser catalogado como un delito de infracción de deber, sólo admite la autoría directa o personal, excluyéndose las otras dos formas de autoría (coautoría y autoría mediata), en correspondencia con su naturaleza de delito de infracción de un deber institucional personalísimo<sup>8</sup>.

La no admisibilidad de la coautoría se explica en doctrina, en que "esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intrañei*, ni cuando un *intrañeus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico"<sup>9</sup>. Por tanto, el denominado reparto de funciones o roles, que usualmente caracteriza la coautoría, solo es aplicable en los delitos de dominio o de competencia por organización. Mientras que para el caso de los delitos de infracción de deber, la vinculación directa del funcionario con el deber institucional, que es altamente personal, basta la mera vinculación funcional para fundamentar directamente una autoría única.

En la autoría mediata ocurre algo similar, "donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás. En principio, lo que vale para la coautoría no tiene por qué

<sup>8</sup> Cfr. Sánchez-Vera Gómez- Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 183 y ss.

<sup>9</sup> Vid. Caro John, José Antonio, *Autoría y participación: los grados de intervención delictiva*. En Revista el Derecho Penal y procesal penal hoy, Nº 8, ConTexto, Chaco, 2013, p. 283.



ser diferente para la autoría mediata. Que el hombre de adelante sea un *extraneus* y el hombre de detrás un *intraneus*, o viceversa, no cambia nada"<sup>10</sup>. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, pues basta que el actuante esté sujeto a una relación directa con el deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor único.

### III. ANALISIS JURIDICO-FACTICO DEL CASO CONCRETO

#### 3.1. INCRIMINACIÓN CONCRETA

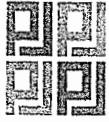
Como se ha mencionado se le atribuye al encausado Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de ex Presidente de la República, haber ordenado, entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN por un monto de S/122'000.000.00 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de "Gastos Reservados", que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados "Diarios Chicha", para su campaña de reelección presidencial del período 2000-2005, con los que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos.

De este marco de imputación genérica, la sentencia de primera instancia en su considerando QUINTO, [5.3.-Pág. 37 de la Sentencia de primera instancia]<sup>11</sup> concretizó la imputación en el análisis de dos hechos controvertidos: I) Si el encausado Fujimori Fujimori, en su calidad de

<sup>10</sup> Vid. Roxin, *Täterschaft und tatherrschaft*, 1963, p.360. Citado por Caro John, *Op, cit*, p. 284.

<sup>11</sup> Véase fojas 11051, Tomo 23.

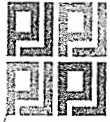




Presidente de la República en la fecha de los hechos, puede tener la calidad de sujeto activo del delito de peculado; y, **II)** Si el encausado ordenó o tuvo conocimiento del desvío de fondos públicos provenientes de la Dirección de inteligencia de la FAP y de la Dirección de Inteligencia del Ejército hacia el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN)-fondos reservados-, para ser utilizado en su campaña de reelección, específicamente, para el pago de los denominados "Diarios Chicha".

En esa línea, como primer plano, la sentencia recurrida analizó si el encausado Fujimori Fujimori tenía la calidad de sujeto activo del delito de peculado, esto es, si concurrió en el encausado una relación funcional con los caudales que fueron objeto material del delito, es decir, si en su condición de Presidente de la República (funcionario público de más alto nivel del Estado), tenía disponibilidad jurídica sobre estos caudales; y, si esa relación funcional determinaba un deber especial positivizado respecto de los mismos. El Colegiado Superior arribó a la conclusión que:

**"está determinado la relación funcional del encausado Fujimori Fujimori en la conducción y el control de su presupuesto, pues lo primero quedó patentizado con la designación de Vladimiro Montesinos Torres en el cargo de confianza de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, que de manera personal realizó el acusado Alberto Fujimori con fecha 02 de agosto de 1996, mediante la Resolución Suprema 279-96-PCM, que corre autenticada a**

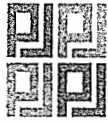


fojas 10141(...); y lo segundo, está acreditado con su responsabilidad directa en el control del presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional destinado al Régimen de Ejecución Especial -gastos de carácter reservado o secreto- que fue objeto de la apropiación; competencia funcional que también ejerció como se desprende de las Resoluciones Supremas que expidió [justificación de gastos reservados] obrante a copias autenticadas de fojas 6540 a 6554, correspondiente a los meses de agosto del año 1999 a setiembre del 2000". [Véase considerando QUINTO, apartado 5.4. I - Pág. 42 de la Sentencia de primera instancia]

En ese sentido, este Supremo Tribunal, a fin de absolver el grado verificará en el caso concreto si se cumplieron o no, los elementos configurativos del delito de peculado, esto es, **si el encausado Fujimori Fujimori, en su condición de Ex Presidente de la República, tenía la relación funcional y disponibilidad jurídica sobre los fondos públicos asignados al SIN -fondos del régimen de ejecución especial [gastos reservados] que fue objeto de apropiación- a fin de comprar los titulares de los denominados "Diarios Chicha" para su campaña de reelección presidencial del período 2000-2005.**

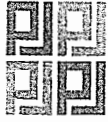
### 3.2. DE LA NO CONFIGURACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS TÍPICOS DEL DELITO DE PECULADO ATRIBUIDO AL ENCAUSADO FUJIMORI FUJIMORI

Como ha quedado establecido, para atribuir responsabilidad penal de peculado a un funcionario o servidor público se tiene que demostrar su **vinculación funcional "por razón de su cargo"** respecto



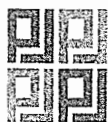
a la administración o custodia de los caudales públicos. Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento -ley de la materia, ROF, MOF, etc.-; en otras palabras, el tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no *in abstracto*, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública "por razón de su cargo"; es decir para que opere el comportamiento típico de *apropiarse* o *utilizar*; los bienes objeto del delito deben encontrarse en posesión del sujeto activo, en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo. Por lo tanto, si dicha vinculación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado.

En ese sentido, la reglamentación interna del sector se erige como un indicador normativo de las competencias propias pertenecientes al estatus especial en la estructura funcional. En primer orden, no todos son competentes de todo, solo se es responsable por la incorrecta administración personal de su ámbito de competencia. Es decir, cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado su ámbito de organización conforme lo establece el Reglamento de Organización y Funciones -ROF- y Manual de Organización y Funciones -MOF-, y no por todo aquello que acontece, ni por actuaciones inadecuadas de otros funcionarios o servidores.



En el presente caso, si bien el inciso 17 del artículo 118° de la Constitución Política del Estado, establece como una atribución del Presidente de la República el "**administrar la Hacienda Pública**"<sup>12</sup>; sin embargo, ésta se trata de una atribución genérica de naturaleza política y representativa, la misma que se concreta desarrollando el programa normativo de protección en el Código Penal. Es así que el artículo 387° del Código en mención al referirse al elemento normativo "administración o custodia [que] le estén confiados en razón de su cargo", precisa que sólo a efectos jurídicos penales tendrá responsabilidad quien de manera concreta se aparta de esta expectativa normativa. Además, para identificar e individualizar con precisión la naturaleza jurídica del cargo, o mejor dicho, el ámbito de competencia funcional, se debe recurrir a las normas del sector -en este caso el Servicio de Inteligencia Nacional- donde presuntamente se desarrolló el actuar ilícito del agente, toda vez que serán estas disposiciones -ROF y MOF del SIN- las que determinarán de modo normativo la vinculación funcional del sujeto competente respecto de la administración o custodia de los caudales públicos, objeto de apropiación para la compra de los titulares de los denominados "Diarios Chicha".

<sup>12</sup> Sobre la naturaleza política y representativa que ejerce el Presidente de la República, véase Borea Odría, Alberto, *Manual de la Constitución*, Fondo Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2016, p. 801. Señala que el Presidente de la República es elegido para que dirija los destinos de la nación, para que lo oriente y lo de dirección política. **También es función de él dirigir la administración de la República, pero no puede estimarse que debe estar al tanto de cada papel que se mueve o cada autorización que se otorga.**



De manera específica, el Decreto Ley N° 25635 "Ley del Sistema de Inteligencia Nacional"<sup>13</sup>, el Reglamento de Organización y Funciones-ROF<sup>14</sup> y el Manual de Organización y Funciones-MOF<sup>15</sup>, vigente al tiempo de los hechos en el SIN, permitirán determinar si al encausado Fujimori Fujimori le competía funcionalmente la administración o custodia del presupuesto de esta Institución, específicamente de los fondos públicos del régimen de ejecución especial (gastos reservados) que fue objeto de apropiación.

Bajo esta línea de análisis, si bien la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional establece que el Servicio de Inteligencia Nacional depende directamente del Presidente de la República y le corresponde cumplir aquellas funciones compatibles con su naturaleza, sin embargo esta facultad también es genérica, representativa y nada informa respecto al vínculo funcional de administración y custodia de los fondos públicos del SIN.

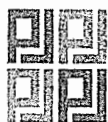
Por el contrario, de la referida ley [Decreto Ley N° 25635] se desprende que el jefe del SIN es la máxima autoridad del Sistema de Inteligencia Nacional, encargado de dirigirlo y representarlo. Además, como Órgano Central del Sistema de Inteligencia Nacional constituye un sector presupuestario, cuyo titular del pliego es el Jefe de Servicio de Inteligencia<sup>16</sup>, más aún si éste aprueba el presupuesto del sector.

<sup>13</sup> Ley del Sistema de Inteligencia Nacional, creado mediante Decreto Ley N° 25635 del 21 de julio de 1992.

<sup>14</sup> Reglamento de Organización y Funciones del SIN creado mediante decreto supremo N° 065-DE/SG del 11 de setiembre de 1992 (véase a fojas 8993, T.19).

<sup>15</sup> Manual de Organización y Funciones del SIN creado mediante Resolución Jefatura N° 051-98-SIN.01, del 31 de marzo de 1998 (véase a fojas 10142, Tomo 21).

<sup>16</sup> Art. 14° de Ley del Sistema de Inteligencia Nacional.

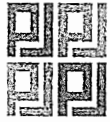


En este sentido, el Reglamento de Organización y Funciones-ROF, determina específicamente a la Oficina Técnica de Administración como el órgano competente para la ejecución presupuestal, además de conducir la contabilidad y tesorería del SIN. Asimismo, establece dentro de sus funciones intervenir en el proceso de formulación del presupuesto del SIN y programar, dirigir, coordinar y controlar los pagos del SIN<sup>17</sup>.

Se desprende de los párrafos precedentes que el competente funcional "por razón de su cargo", respecto a la administración o custodia de los caudales públicos del Servicio de Inteligencia Nacional, es el Jefe de la Oficina Técnica de Administración, por ser el llamado por ley a ejecutar el presupuesto, conducir la contabilidad y tesorería del SIN, además de dirigir, coordinar y controlar los pagos en dicha institución. En él recae el deber específico de administración y custodia de los fondos públicos, determinándose así su ámbito de competencia.

Lo anterior se corrobora con la propia declaración en juicio oral de Abel Villalobos Candela -ver fojas seis mil novecientos treinta y cuatro, Sesión Nº 21, Tomo 16- Director de la Oficina Técnica Administrativa del Servicio de Inteligencia Nacional, quien refirió que laboró en dicha dependencia desde 1998 hasta septiembre de 2001; indicando que funcionalmente su jefe inmediato superior era el Jefe del SIN, el Almirante Rozas Bonuccelli; que su persona era el responsable de la

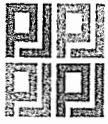
<sup>17</sup> Vid. Art. 27, 28 inc., b) y g) del Reglamento de Organización y Funciones del SIN.



ejecución del presupuesto del servicio de conformidad al calendario de compromiso mensual que emitía la Oficina Técnica de Planificación y Presupuesto, y era también el encargado de dirigir, programar y coordinar los pagos del SIN; asimismo, precisó que el presupuesto del SIN se subdividía en gastos corrientes y gastos de acción reservada de carácter secreto, la misma que ascendía más o menos a cinco millones de soles mensuales, y de este monto el setenta y seis por ciento más o menos, se designaba para los gastos de acción reservada, esto es, aproximadamente tres millones novecientos mil soles. Los gastos corrientes estaban destinados para gastos materiales, combustibles y una serie de cosas de uso diario, mientras que los gastos de acción reservada de carácter secreto eran manejados por Montesinos Torres, por orden del jefe del SIN, para acciones de inteligencia.

De la declaración anterior y las normas del sector se concluye que la obligación especial "por razón del cargo", de administrar y custodiar los fondos públicos asignados al SIN, corresponde al Director de la Oficina Técnica Administrativa del Servicio de Inteligencia Nacional, pues en este funcionario público recae el deber institucional de fomentar y mantener seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica.

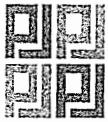
La sentencia recurrida se sustenta asimismo en que **el encausado Fujimori Fujimori ejerció competencia funcional, toda vez que suscribió las resoluciones supremas de justificación de gastos de carácter "SECRETO" obrante a fojas 6540 a 6554.** Sobre este punto



obra en autos los reglamentos donde se establece que por mandato legal del Artículo 58 del ROF, la resolución suprema que apruebe los gastos presupuestales del SIN de carácter "SECRETO" constituye el único documento justificatorio. La Resolución Suprema será refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros. En ese sentido, la suscripción de dichas Resoluciones Supremas no lo hace competente funcional al encausado Fujimori Fujimori para la administración y custodia de los fondos públicos asignados al SIN - fondos del régimen de ejecución especial-, sino que su expedición y suscripción obedece a la disposición de la ley y su cumplimiento [Ley Orgánica del Poder Ejecutivo- D.L. N°560<sup>18</sup>], pues conforme se señala en el art 3, numeral 3): **Resoluciones Supremas.- son normas de carácter específico rubricados por el Presidente de la República y refrendadas por el Ministro a cuyo sector corresponde;** debiendo precisarse que dichos gastos de carácter "secreto" efectuados por el SIN corresponden a operaciones de inteligencia y contrainteligencia, que por su clasificación de secreto estaba limitado su conocimiento, no siendo objeto de fiscalización por parte del Poder Ejecutivo, circunscribiéndose el encausado a la suscripción de dichos documentos justificatorios [Resoluciones Supremas] de gastos de acciones de inteligencia. Se observa que dichas Resoluciones Supremas fueron suscritas justificando montos inferiores o iguales a los designados por ley para el sector -ver resoluciones supremas a fojas seis mil quinientos cuarenta a seis mil quinientos cincuenta y cuatro-, por lo que, no se

<sup>18</sup> Véase Ley Orgánica del Poder Ejecutivo- D.L. N°560, del 28 de marzo de 1990, vigente hasta 20 de diciembre de 2007, en la cual en su art 3, numeral 3) señala: **las Resoluciones Supremas.- son normas de carácter específicos rubricados por el Presidente de la República (...).**



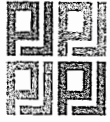


evidencia irregularidad alguna en la suscripción de dichas resoluciones justificatorias.

En esa línea, si una ley obliga al Presidente de la República -en este caso al encausado Fujimori Fujimori- a la suscripción de Resoluciones Supremas -véase *art 3, numeral 3) del D.L. N°560-*, esto no lo hace responsable penalmente por obrar en cumplimiento de sus obligaciones como mandatario de la República, por lo que, queda exento de responsabilidad penal, conforme al artículo 20, numeral 8, -obrar en cumplimiento de un deber-, esto es, cumplir un deber que la ley ordena [*suscribir Resoluciones Supremas*]; aquí la conducta practicada por el encausado Fujimori Fujimori en el contexto social de su actuar -función pública- no se aparta del ámbito de competencia personal delineado por su deber jurídico, por lo que su conducta no resulta relevante penalmente al no sobrepasar los límites de lo permitido, esto es, obrar conforme a su deber, pues nadie puede hacerse acreedor de responsabilidad penal por el cabal cumplimiento de una obligación o deber jurídico.

Lo anterior coincide con la declaración en juicio oral del encausado **Fujimori Fujimori**<sup>19</sup>, quien señaló que sus funciones son representativas y de carácter político; **que no administró la hacienda pública** [esta afirmación se corrobora también con la declaración en juicio de Jaililie Awapara, quien se desempeñó como Vice Ministro de la Hacienda Pública en la gestión del Ex-presidente Fujimori Fujimori, del periodo 1998 al 2000, y afirmó que el Presidente no participaba en lo absoluto en la administración de la hacienda pública -ver fojas

<sup>19</sup> Declaración en juicio oral, Tomo 15, Sesión N° 04 y 05, fojas 5979 y 6017, respectivamente.



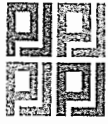
7467, T.17-], ni menos administró los caudales del Servicio de Inteligencia Nacional, del Ejército, de la Fuerza Aérea, ni de las fuerzas armadas, pues para eso existen los titulares de los pliegos, representados por los jefes de cada área, y en el caso del Servicio de Inteligencia Nacional el titular del pliego era el jefe del SIN, y las aéreas técnicas de administración encargadas de la ejecución del presupuesto; asimismo, refirió que sí firmó las Resoluciones Supremas que justifican el gasto de acciones reservadas de inteligencia, pues la norma lo obligaba a suscribirlo; precisando que desconocía del plan paralelo para su campaña realizado por Montesinos Torres y que no tuvo contacto con los editores de los denominados "Diarios Chicha", ni ordenó el pago para la compra de los titulares de dichos periódicos.

Este hecho último se corrobora con la transcripción del video N° 1792, del 26 de noviembre de 1999 [Tomo 16, fojas 6785-6806], la misma que fue actuada en juicio oral y no valorada en la sentencia de primera instancia, en el cual se evidencia la reunión que sostuvieron los Comandantes Generales del Ejército -Villanueva Ruesta-, Fuerza Aérea -Bello Vásquez-, La Marina -Ibárcena Amico- y Montesinos Torres, quienes de manera espontánea señalaron<sup>20</sup>:

**Montesinos Torres:** (...) ahora, nos hemos fregado, claro nos hemos fregado cuatro meses, cinco meses y todo este año. Pero nos queda nada más diciembre, enero, febrero, marzo y llegamos abril, cinco meses; y después de cinco meses terminó esta historia y tenemos cinco años tranquilos y todo lo que se ha invertido se recuperará en el tema, se recupera porque volvemos a la normalidad.

(...) y la verdad que nosotros no hemos parado hasta que el presidente esté ahí, es la verdad.

<sup>20</sup> Vid. transcripción del video N° 1792, del 26 de noviembre de 1999 [Tomo 16, fojas 6785-6806]. Un mayor análisis de dicha prueba instrumental se efectúa en la pág. 40 y siguientes de la presente ejecutoria.



**Villanueva Ruesta:** *así es, ni sabe cómo hemos trabajado.*

**Montesinos Torres:** *no sabe carajo.*

*El otro día le enseñé las encuestas, me dice "pucha, que bien estoy yo. Sigo".  
No sabe, carajo, que estamos como mulas acá sacándonos la mugre.*

**Villanueva Ruesta:** *es todo un trabajo fuerte por abajo. [pág. 17 - 18 de la transcripción]*

(...)

**Bello Vásquez:** *Claro.*

(...)

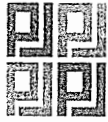
**Montesino Torres:** (...)

*Y bueno, todo ese esfuerzo, todo eso que estamos haciendo ha dado a que el  
Presidente llegue al punto que ha llegado. Ni idea tiene como miércoles está  
ahí; puta, ni sabe cómo estamos manejando. [pág. 20 de la transcripción]*

Asimismo, obra también la declaración en juicio de **Elesván Eduardo Bello Vásquez**<sup>21</sup>, quien señaló que fue Comandante General de la Fuerza Aérea desde 1998 hasta el 2000, y respecto al video del 26 de noviembre de 1999, estuvieron los tres Comandantes Generales, el General Villanueva y el Almirante Ibarcena, en la cual Montesinos refirió que el Presidente, el procesado Fujimori Fujimori, no sabía por qué estaba subiendo en las encuestas, no sabía cómo se estaba trabajando para conseguir el alza de popularidad del Presidente; que Montesinos le refirió que envíe fondos de su cartera al SIN, para apoyar actividades de inteligencia por orden del Presidente, sin embargo, y como se lee de la transcripción del video, **el encausado Fujimori Fujimori no sabía nada de lo que estaba pasando en ese momento.**

Por tanto, si bien se le imputó al encausado Fujimori Fujimori la calidad de autor del delito de peculado; sin embargo, de lo expuesto en los

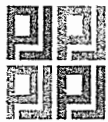
<sup>21</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 15. Sesión N° 10, fojas 6186-6190.



considerandos precedentes se determina que la conducta del encausado en el caso concreto, al ser analizada bajo el filtro de la imputación objetiva -análisis del tipo objetivo del delito de peculado- no cumple con uno de los presupuestos que exige el tipo penal atribuido, esto es, la vinculación funcional "por razón de su cargo" para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN -fondos de régimen especial-, pues dentro de sus competencias como Ex-presidente de la República y de acuerdo con el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad correspondiente -SIN-, **el recurrente no tuvo la posesión, ni la disposición de los caudales públicos, es decir, no ostentaba el vínculo funcional normativo que lo determina a administrar o custodiar los caudales del SIN** -no lo vincula una posición de garante específico-; más aún, si desconocía del plan paralelo para su campaña realizado por Montesinos Torres, ni tuvo contacto con los editores de los denominados "Diarios Chicha".

En ese sentido, atribuirle responsabilidad penal al encausado Fujimori Fujimori es hacerle responder por hechos de terceros, **lo que vulnera el principio de culpabilidad, o de proscripción de la responsabilidad objetiva, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal**, como del principio de imputación personal<sup>22</sup> como límite al poder punitivo del Estado, que impide el castigo a alguien por hechos ajenos o de terceros; de tal manera que se excluye su responsabilidad por eventos que no ha realizado o en los cuales no ha intervenido prestando una contribución jurídicamente relevante y que ha podido ser realizado por terceras personas. Así, queda

<sup>22</sup> Cfr. Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p.113.

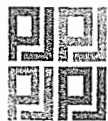


superado aquellos tiempos en los que una persona tenía que responder penalmente por acciones de otro, no habiendo intervenido, ni conocido la comisión del hecho, o en los que la responsabilidad y el castigo se extendían a toda la tribu o la familia del delincuente [responsabilidad tribal o colectiva]<sup>23</sup>, concepción extensiva de autor que ha quedado en la historia remota del Derecho Penal.

Ahora bien, en lo que respecta a la relación entre el encausado Fujimori Fujimori y Montesinos Torres [sentenciado en el "Caso Madre" la cual derivó la presente causa]<sup>24</sup> se infiere también de un análisis integral de los hechos y pruebas obrantes en el expediente, que este último ostentaba el cargo de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, lo que lo halla inmerso en la esfera de la administración pública, en cuyo ejercicio extendió los límites funcionariales a los que estaba obligado, asumiendo una competencia adicional de decidir sobre el destino y administración de los bienes del SIN -fondos de régimen especial-, esto es, por asunción extendió sus competencias a la administración de un segmento de la función pública que lo vinculó funcionalmente con el destino de los bienes estatales; en este nivel, no solamente ejerció una función de dirección, sino de administración, por lo que su conducta alcanza una relevancia penal típica cuando quebrantó el deber de una correcta administración de lo asumido. El quebrantamiento de los deberes de asunción dio lugar a que fuera condenado oportunamente por estos hechos. Sin embargo, del examen del

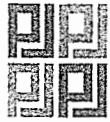
<sup>23</sup> Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, BdeF, Montevideo, 2005, p. 134.

<sup>24</sup> Vid. Sentencia de fecha 26 de enero de dos mil cinco, Exp. 30-2001, "Caso Madre", obrante a fojas uno - Tomo I.



expediente se colige que el encausado Fujimori Fujimori no tuvo intervención alguna en los hechos materia de autos, de tal manera que no puede hacérsele responder tan solo por haber ostentado el cargo de Presidente de la República, con el deber general de administrar la hacienda pública [inc. 17 del artículo 118° de la Constitución del Estado], toda vez que su deber de garante se restringe solamente a este ámbito. Sostener lo contrario implica una responsabilidad objetiva proscrita por el artículo VII del Código Penal, tal como hemos mencionado en los párrafos anteriores, pues ese deber general tiene sentido para el derecho penal sólo mediante su anclaje típico a través del vínculo funcional que el artículo 387° del Código Penal plasma como "administración o custodia [que] le estén confiados en razón de su cargo", que en el presente caso constituye un deber funcional ajeno a su persona.

No es ajeno a este tribunal, sin embargo, que en circunstancias de crisis institucional las competencias institucionales se flexibilicen existiendo la posibilidad de un administrador de hecho, lo que de darse se tiene que probar no solo la usurpación de facto y vaciada de contenido formal, sino que de uso de esa usurpación se configuró peculado.



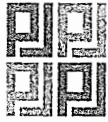
**3.3 VALORACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA SOBRE LA PRESUNTA ORDEN DADA POR EL ENCAUSADO FUJIMORI FUJIMORI PARA EL PAGO A LOS DENOMINADOS "DIARIOS CHICHA"**

La sentencia recurrida en el punto 5.4. II [página cuarenta y tres de la citada resolución]<sup>25</sup> señala que los testigos que ostentaban rango ministerial y una relación personal con el encausado pueden proporcionar una información obtenida de modo directo de la intervención del acusado Fujimori Fujimori en el desvío de fondos del presupuesto de la Fuerza Aérea y del Ejército al Servicio de Inteligencia Nacional en el periodo a que se contrae la acusación, conforme a las declaraciones de:

*Elesván Eduardo Bello Vásquez<sup>26</sup>, quien en juicio oral refirió que entre los años 1998 y 2000, se desempeñó como Comandante General de la FAP, que se reunió en varias oportunidades en Palacio de Gobierno con el Presidente Alberto Fujimori para tratar temas relacionados con el Consejo de Defensa Nacional y una o dos veces en el Servicio de Inteligencia Nacional para los mismos fines; que nunca trataron sobre su reelección. Reconoció que el 26 de noviembre del año 1999 se reunió con Vladimiro Montesinos Torres en el Servicio de Inteligencia Nacional y éste le informó sobre una serie de actividades relacionadas con las elecciones del año 2000, fue allí que le dijo que estaba pagando a los diferentes medios de comunicación para que en sus editoriales o sus carátulas saquen avisos a favor del Presidente Alberto Fujimori; que desde los primeros meses del año 1999 hasta septiembre de 2000, a solicitud de Vladimiro Montesinos Torres, remitió quincenalmente dinero en*

<sup>25</sup> Vid. Tomo 23, a fojas 1054.

<sup>26</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 15. Sesión Nº 10, fojas 6186-6190.



efectivo al Servicio de Inteligencia Nacional; que en un inicio Montesinos Torres le informó que las transferencias eran para apoyar actividades del Servicio de Inteligencia, pero después le dijo que era para algunas actividades que estaban desarrollando para apoyar la reelección presidencial, luego de lo cual decidió continuar con las transferencias de fondos por convicción propia, porque consideraba que el Presidente Fujimori estaba haciendo un buen gobierno; **que Montesinos le dijo que esas transferencias eran por pedido del acusado Alberto Fujimori, pero nunca preguntó, ni habló con el ex Presidente al respecto. Finalmente precisó que en la reunión del mes de Noviembre en la alta Dirección del SIN, Montesinos Torres les dijo que el Presidente de la República no sabía, ni tenía idea de cómo estaban trabajando para conseguir elevar su popularidad.**

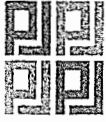
**José Villanueva Ruesta**<sup>27</sup>, quien no declaró en este juicio oral, pero sí a nivel de instrucción en este proceso -fojas cinco mil cuatrocientos treinta y nueve- siendo su testimonial introducida en el juicio, donde señala en su tercera respuesta, que en su condición de Comandante General del Ejército desde agosto del año 1999 a octubre de 2000, recibió la instrucción de Montesinos Torres de transferir dinero del Ejército al Servicio de Inteligencia Nacional, que días después le preguntó al Presidente Fujimori al respecto y éste le indicó que continúe con el procedimiento establecido.

**Carlos Alberto Bergamino Cruz**,<sup>28</sup> quien ante el plenario señaló que en abril de 1999 hasta noviembre del año 2000 fue nombrado

<sup>27</sup> Ostentaba en ese entonces el cargo de Comandante General del Ejército, véase Sesión Nº 14, Tomo 16, fojas 6487.

<sup>28</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Sesión Nº 18, Tomo 16, fojas 6684.

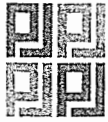




como **Ministro de Defensa**, siendo sus funciones el establecer la política del Sector, que incluyen el cumplimiento de la Fuerza Aérea, Marina, Ejército y Comando Conjunto. **Refirió que acudió a varias reuniones en el SIN, que no trataron temas de reelección con el acusado Fujimori, tampoco la compra de los titulares de los "Diarios Chicha"**. Sostuvo que durante su periodo como Ministro de Defensa se remitieron al Servicio de Inteligencia Nacional sumas de dinero por montos de S/. 800,000.00 de soles mensuales a fin de apoyar económicamente los asuntos de Inteligencia del SIN, ello en mérito a una disposición que venía del Ministro Malca Villanueva desde el año mil novecientos noventa y dos por orden del ex Presidente de la República Alberto Fujimori; que a su despacho Ministerial llegaba de Economía una ampliación de presupuesto -que él mismo solicitaba, denominada "Fondos de zona de emergencia"- y esos fondos eran remitidos con esa misma denominación al Servicio de Inteligencia, justificando su salida con un cheque y un oficio y del Servicio de Inteligencia hacían el acuse de recibo, nosotros no sabíamos en qué se usaba ese dinero".

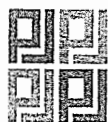
**Cesar Saucedo Sánchez**,<sup>29</sup> quien en juicio refirió que de enero a agosto del año 1998 fue **Ministro de Defensa**, del 22 de agosto de 1998 al 23 de julio de 1999 fue **Comandante General del Ejército** y finales de agosto 1999 hasta el 28 de julio del año 2000 fue **Ministro del Interior**. Señaló también que **concurrió a las instalaciones del SIN convocado por el Almirante Rozas Bonuccelli por orden del ex Presidente Fujimori Fujimori a fin de llevar a cabo reuniones de Consejo de Defensa Nacional relacionada con el orden interno cuando**

<sup>29</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Sesión N° 19, Tomo 16, fojas 6820.



*S* ocupaba estos tres cargos, precisando que en dichas reuniones nunca tocaron el tema de reelección. Cuando ocupó la cartera de Ministro del Interior remitió mensualmente la suma de S/.550,000.00 soles al SIN, como se venía haciendo desde 1992, continuando con la práctica hasta setiembre u octubre del 2000 hasta el final de su segundo mandato. Como Comandante General del Ejército también transfirió dinero al SIN, pero no recuerda el monto, **precisó que fue a pedido del jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, quien con un documento le solicitaba fondos para realizar y ejecutar planes de inteligencia, que fue aproximadamente cada tres meses;** que realizó esas transferencias en mérito a una Directiva Anual de Tesorería del Ministerio de Economía y Finanzas donde dispone que se puede hacer transferencias por encargo a otra unidad ejecutora.

*E*  
*f* Es de apreciar que **dichas testimoniales en nada acredita respecto a la disposición u orden de pago de titulares de los denominados "Diarios Chicha" con fondos públicos del régimen de ejecución especial del SIN, por parte del encausado Fujimori Fujimori, sino que se limitan a señalar transferencias de fondos de la Fuerza Aérea y del Ejército al Servicio de Inteligencia Nacional, para apoyar sus acciones.** En mérito de dichas declaraciones estos testigos nunca se reunieron con el encausado Fujimori Fujimori para tratar temas de reelección, ni menos para compras de titulares de los denominados "Diarios Chicha".

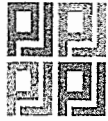


La propia sentencia cuestionada en su apartado **5.4. II [página cuarenta y seis de su numeración]** precisa que *"es imposible de aceptar, porque no resiste el menor análisis, que con su activa participación en las actividades del SIN y **su presencia casi permanente en sus instalaciones [esto referido al encausado Fujimori Fujimori], no haya podido tomar conocimiento en qué se venía utilizando su presupuesto, cuando este hecho fue advertido por todos los que laboraban en el lugar,** conforme se desprende de las testimoniales de Wilber Ramos Viera, Rozas Bonuccelli, Mario Rafael Ruiz Agüero, Matilde Pinchi Pinchi y Jose Abel Villalobos Candela<sup>30</sup>, presentados en este juicio oral"*. Es de precisar al respecto que la misma sentencia refiere que estas declaraciones solo han podido aportar información periférica o indirecta de la actuación que realizó el acusado Fujimori Fujimori.

En esa línea, el testigo **Wilber Ramos Viera<sup>31</sup>**, refirió *"que se desempeñaba como Secretario del señor Vladimiro Montesinos Torres en el Servicio de Inteligencia Nacional, por orden de éste se enviaban por fax al periodista Bressani algunos bocetos de titulares de "Diarios Chicha" que él mismo elaboraba con Borobio, éste los devolvía por el mismo medio con la portada y recibido, lo entregaban a Montesinos (...) **Existía una sala de conferencia, ahí se reunía el señor Winitzky, Mankevick y el señor Borobio, no pudiendo ingresar a dichas reuniones; que el Presidente tenía un ambiente privado ubicado en el segundo piso de la Alta Dirección, que lo ha visto una o dos veces. Cuando Montesinos iba a Palacio de Gobierno nos pedía un folder, y***

<sup>30</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 16, Sesión Nº 21, fojas 6934.

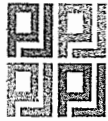
<sup>31</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 16, Sesión Nº 12, fojas 6418.



*dentro iba varios documentos y supone que también iban los titulares de los "Diarios Chicha". Asimismo, Matilde Pinchi Pinchi<sup>32</sup>, señaló que (...) Bressani es el que creaba las carátulas que iban a ser publicadas en los Diarios Chicha y las enviaba a Montesinos, éste consultaba y corregía con sus asesores de imagen, los señores Borobio, Mankevich y Winitzki (...), en el SIN se acondicionó un aula al que llamaban "Comando de campaña" o "Aula Gris", donde se reunían los Comandantes Generales para ver el avance de la campaña. En algunas oportunidades, el encausado Fujimori fue a ver cómo iba la construcción de la sala, **que ella nunca habló con Fujimori y que Montesinos no dejaba que contestaran sus llamadas, pero sí acompañó algunas veces a Montesinos a Palacio de Gobierno, una o dos veces al mes, pero no ingresó al Privado del Presidente, se quedaba en la antesala. Solo ha visto al Presidente unas cuatro o cinco veces en el SIN, que el Presidente se reunió en el Aula Gris con los publicistas, Comandantes Generales, Congresistas y los Jefes de Región para tratar el tema de su reelección, que las reuniones eran con la puerta cerrada, de todo esto tenía conocimiento por parte de Montesinos. No tenía conocimiento respecto del desvío de fondos de las Fuerzas Armadas al Servicio de Inteligencia Nacional, por parte del encausado Fujimori.** Así también, el testigo Humberto Guido Rozas Bonuccelli<sup>33</sup> mencionó que desde enero de 1998 y hasta agosto del 2000 se desempeñó como Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional; que hubo reuniones con el Ministro de Defensa y del Interior, los Comandantes Generales, Jefes de Regiones Militares y Congresistas del partido político del ex Presidente Fujimori Fujimori; que a través de*

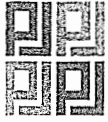
<sup>32</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Tomo 18, Sesión Nº 29, fojas 8111

<sup>33</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Tomo 16, Sesión Nº 15, fojas 6568.

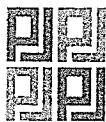


las cámaras vio que el ex presidente también participaba en las reuniones, las que eran dirigidas por Montesinos Torres; que respecto a la presencia del encausado Fujimori Fujimori en el SIN, mencionó que ingresaba por la puerta posterior, que sus visitas no eran continuas, asistía una o dos veces a la semana, como también habían semanas que no asistía, quedándose en su privado hasta la una de la madrugada o a veces se quedaba a dormir, no tenía un horario fijo. Por su parte, el testigo **Mario Rafael Ruiz Agüero**<sup>34</sup>, mencionó que el manejo de los Diarios Chicha se encargaba Montesinos, que existía la "Sala de Campaña" o "El Aula 3" donde asistían los publicistas, Ministros, Comandantes Generales convocados por Montesinos Torres, allí se trataban temas de corte político, seguridad y reelección, **las reuniones la conducía Montesinos Torres, que fue en una o dos ocasiones que vio al Presidente Fujimori Fujimori en esta sala;** que Montesinos y el Presidente Alberto Fujimori se comunicaban entre 7 u 8 veces al día, pero que también habían semanas que no lo hacían, el Presidente tenía un ambiente privado de aproximadamente cien metros cuadrados ubicado en el segundo piso de la Alta Dirección (...) **que a veces Montesinos subía y se reunían a puerta cerrada, así también ingresaba al Aula 3, pero Montesinos cerraba la puerta, que escuchaba que Montesinos conversaba por teléfono y pedía los titulares pero desconocía con quien hablaba, y que supone que debe ser el presidente Fujimori, porque ese teléfono solamente era para comunicarse con el Ex Presidente Fujimori (...)**".

<sup>34</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 16, Sesión Nº 13, fojas 6461.



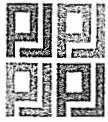
Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, se desprende que **dichas testimoniales también en nada informan respecto al vínculo funcional que determina al encausado Fujimori Fujimori salvaguardar los fondos públicos destinados al régimen de ejecución especial del SIN o que haya ordenado y/o conocido la utilización de dichos fondos públicos para pagos a titulares denominados "Diarios Chicha", por parte de Vladimiro Montesinos Torres.** Más aún, si conforme lo advirtió la sentencia recurrida, estas declaraciones solo efectúan aportación periférica o indirecta de la actuación del encausado Fujimori Fujimori, respecto del desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y el Ejército Peruano hacia el Servicio de Inteligencia Nacional, así como al uso que se dio a este dinero; en esa línea, las declaraciones antes expuestas resultan ser referenciales, tal como se observa de la declaración de la testigo Pinchi Pinchi, pues señaló que nunca se reunió ni conversó con el encausado Fujimori Fujimori y que tomó conocimiento por parte de Montesinos Torres; además, los testigos Ramos Viera y Ruiz Agüero incidieron que las reuniones en el SIN eran a puerta cerrada, que cuando Montesinos Torres iba a Palacio de Gobierno les pedía un folder, conteniendo varios documentos y **supone** que también contenían los titulares de los "Diarios Chicha", además escuchaban que Montesinos Torres conversaba por teléfono y pedía los titulares pero desconocía con quien hablaba, y que **suponía** que era el presidente Fujimori Fujimori. En esa línea de análisis, es de precisar, que los testimonios referenciales son subsidiarios a la declaración del testigo fuente, pues es éste quien debe comparecer ante el Tribunal, ya que su testimonio interesa a la justicia, por tener conocimiento directo sobre los hechos,



ya que la declaración del testigo de referencia por sí sola no es suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, esto es, no se puede sustentar con dichas testimoniales una sentencia condenatoria, exigiéndosele para ello otras pruebas que deben corroborarlas a fin de consolidar su contenido incriminador<sup>35</sup>. Por lo que, en el caso concreto la manera cómo fue conocido dichas informaciones referenciales antes señaladas, así como la falta de consistencia en sus declaraciones y otras pruebas que lo corroboren, le restan solidez a dichos testimonios para ser tomados como prueba de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia del encausado Fujimori Fujimori.

Si bien la sentencia recurrida valoró la declaración instructiva de Montesinos Torres, llevada a cabo en el "Proceso Madre" obrante a fojas nueve mil noventa y cinco, y que fue incorporada como prueba trasladada a este proceso por su valor probatorio, bajo las reglas de **valoración de la declaración de un coimputado** -véase análisis II. 5.2 de la citada sentencia- donde señaló que el encausado Fujimori Fujimori, dio la orden para el desvío de fondos de las Fuerzas Armadas al SIN para apoyar su campaña de reelección -pagos de "Diarios Chicha"-; sin embargo, dicha testimonial al ser confrontados con los parámetros exigidos en el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre del dos mil cinco, no se corroboró dichos presupuestos [a) Ausencia de

<sup>35</sup> En ese mismo sentido, véase el Acuerdo Plenario Nº 2-2005 / CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre del dos mil cinco, considerando noveno; así como el inciso segundo del artículo 158º del Código Procesal Penal [Decreto Leg. Nº 957] el cual describe que en los supuestos de testigos de referencia, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer una sentencia condenatoria.



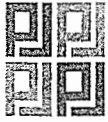
*incredibilidad subjetiva; b) verosimilitud en la incriminación; y, c) persistencia en la incriminación*], pues en el caso concreto desde la perspectiva subjetiva se evidenció en la primigenia declaración de Montesinos Torres [caso madre a fojas nueve mil noventa y cinco] el deseo de obtener beneficio judicial, -beneficio de confesión sincera-; asimismo, dicho testigo no declaró en el presente proceso penal -véase sesión número treinta y cuatro del juicio oral, tomo veinte, a fojas nueve mil seiscientos treinta y seis- apreciándose falta de persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso, no cumpliéndose así la declaración del testigo antes referido con los parámetros mínimos exigidos en el Acuerdo Plenario antes señalado, que ayudan a la racionalidad de la valoración de su declaración; debiéndose tomar en cuenta además lo establecido en doctrina<sup>36</sup> respecto a este tipo de declaraciones de coimputados, pues se consideran sospechosas toda vez que las manifestaciones de estos, no están sometidos al deber de veracidad, cuestión que debe ser examinada cuidadosamente y contrastadas con otros medios de prueba mediante la apreciación de las reglas de la sana crítica racional.

Ahora bien, contrario a las declaraciones analizadas en los párrafos precedentes, obra la prueba documental objetiva [transcripción del video N° 1792, del 26 de noviembre de 1999]<sup>37</sup> que evidencia la reunión que sostuvieron los Comandantes Generales del Ejército - Villanueva Ruesta-, Fuerza Aérea -Bello Vásquez-, La Marina -Ibárcena Amico- y Montesinos Torres, quienes de manera espontánea señalaron:

<sup>36</sup> Cfr. Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 243.

<sup>37</sup> Vid. Tomo 16, fojas 6785-6806. transcripción del video N° 1792, del 26 de noviembre de 1999.





**Montesinos Torres:** (...) ahora, nos hemos fregado, claro nos hemos fregado cuatro meses, cinco meses y todo este año. Pero nos queda nada más diciembre, enero, febrero, marzo y llegamos abril, cinco meses; y después de cinco meses terminó esta historia y tenemos cinco años tranquilos y todo lo que se ha invertido se recupera en el tema, se recupera porque volvemos a la normalidad.

(...) y la verdad que nosotros no hemos parado hasta que el presidente esté ahí, es la verdad.

**Villanueva Ruesta:** así es, ni sabe cómo hemos trabajado.

**Montesinos Torres:** no sabe carajo.

El otro día le enseñé las encuestas, me dice "pucha, que bien estoy yo. Sigo". No sabe, carajo, que estamos como mulas acá sacándonos la mugre.

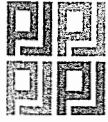
**Villanueva Ruesta:** es todo un trabajo fuerte por abajo.

**Montesinos Torres:** puta, que estamos, carajo, jodiéndonos y fregándonos.

Ahora, por ejemplo, ustedes han visto la revista *Sí el lunes* que ha pasado donde sale, carajo, la caratula la "Seguridad Ciudadana". "El mulo" por eso cobra diez mil dólares, pero el cojudo me dice diez mil si soy neutro, y puta, si ustedes quieren que le saque la mugre a Castañeda, entonces son diez mil por cada número; o sea eso son 40 mil dólares mensuales. O sea yo le saco la madre a Castañeda o Andrade". [Véase hasta aquí pág. 17-18 de la transcripción a fojas 6802]

(...)

**Montesinos Torres:** (...) entonces ¿qué es lo que estamos haciendo ahora? Estamos haciendo un empadronamiento de todos los periódicos que tienen, del quiosco, como hicimos en la Marina, de todos los quioscos y



*ver que periódicos llegan. Entonces todos los días compramos periódicos populares y les mandamos por el avión, les mandamos "El Chino", "El Tío", para acá, para allá, para que los vendan gratis.*

**Bello Vásquez:** *Claro.*

**Montesino Torres:** *Ó sea, nosotros les regalamos los periódicos, ellos los cuelgan ahí y lo venden, y la plata es para el quiosquero.*

**Ibárcena Amico:** *Claro.*

**Montesino Torres:** *Y les mejoramos su tiraje acá, nos ahorramos el tema de que no tienen ellos infraestructura para llegar al nivel de las provincias, mandamos en los aviones de Aero Continente, cada vez va una persona, viaja uno para Arequipa, uño va para Tacna.*

*Entonces, todos los días van llevando el paquete de periódicos como carga. Llegan allá, llegan a un punto y, miércoles, se acabó.*

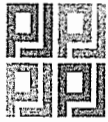
**Bello Vásquez:** *Buena idea.*

**Montesino Torres:** *y entonces, mejoramos el tiraje acá en Lima y llegamos a nivel nacional el tema.*

*Y bueno, todo ese esfuerzo, todo eso que estamos haciendo ha dado a que el Presidente llegue al punto que ha llegado. Ni idea tiene como miércoles está ahí; puta, ni sabe como estamos manejando.*

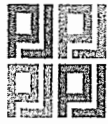
*[Véase hasta aquí pág. 19 -20 de la transcripción a fojas 6804]*

Previo a efectuar un análisis respecto a la instrumental antes descrita [transcripción del video N° 1792, de fecha 26 de noviembre de 1999], es preciso señalar que dicho medio probatorio no fue valorado por los juzgadores de primera instancia en la sentencia recurrida, pese a



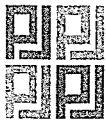
que dicha instrumental fue admitida, actuada y sometida al contradictorio en el acto de juicio oral -véase sesión de audiencia Nº 44 a fojas 10116-, circunstancia que acarrearía nulidad por carecer de una debida motivación; no obstante, conforme se señala en la Resolución Administrativa Nº 002-2014-CE-PJ, del siete de enero de dos mil catorce, *"se debe considerar la nulidad como una medida extrema y sólo aplicable a casos en que el supuesto vicio no sea subsanable. Es claro que cualquier defecto en la motivación de una resolución puede ser subsanable mediante la exposición de la motivación, que se considera la correcta o la adecuada por parte del órgano revisor. **Por consiguiente, en casos de autos o sentencias, consideradas como defectuosamente motivadas, se debe resolver el fondo revocando o confirmando las resoluciones impugnadas por los fundamentos expuestos por el superior.** En tal sentido, los supuestos defectos en la motivación como la valoración de la prueba, aplicación o interpretación del derecho, no pueden ser causal de nulidad"* [véase considerando Quinto]; por lo que, este Supremo Tribunal siguiendo el lineamiento citado y a fin de evitar una dilación innecesaria del proceso -al aplicar el reenvío al inferior jerárquico-, que vulneraría la garantía del plazo razonable, procederá a merituar el referido medio probatorio, a fin de esclarecer la responsabilidad penal del acusado Fujimori Fujimori.

Conforme se desprende del diálogo antes descrito, se afirma que el encausado Fujimori Fujimori desconocía los planes que venían ejecutando Vladimiro Montesinos Torres, conjuntamente con otros altos mandos de las Fuerzas Armadas -Bello Vásquez, Villanueva

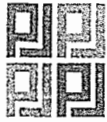


Ruesta e Ibárcena Amico-, respecto a la campaña de reelección y los denominados "Diarios Chicha". En esa línea, siguiendo las reglas de valoración del criterio racional, este medio de prueba documental abona lo referido por el encausado Fujimori Fujimori respecto al desconocimiento de los hechos materia del ilícito que se le atribuye, pues para efectos de su valoración se debe merituar la calidad de la prueba instrumental, ya que la naturaleza representativa de dicha prueba tiene la finalidad de preservar de forma fidedigna y fiel aquello que representa; en el presente caso, el diálogo de los intervinientes en el video se realiza de forma libre y espontánea, sin coacciones; por ello, resalta la relevancia de dicha prueba documental, frente a la testimonial, pues si bien el testigo es una persona que narra una experiencia, el documento es una cosa, por el cual una experiencia es representada, esto es, una representación real y objetiva, por el que el Juzgador no debe obviar dicha predominancia. Más aún, si obra la declaración en juicio de uno de los intervinientes del diálogo, que abona a su objetividad y verosimilitud de dicha instrumental, así se tiene la manifestación de **Elesván Eduardo Bello Vásquez**<sup>38</sup>, quien respecto al video del 26 de noviembre de 1999, señaló que estuvieron los tres Comandantes Generales, el General Villanueva Ruesta y el Almirante Ibarcena Amico, en la cual Montesinos Torres refirió que el Presidente, el encausado Fujimori Fujimori, no sabía por qué estaba subiendo en las encuestas, no sabía cómo se estaba trabajando para conseguir a su alza de popularidad; y que el encausado Fujimori no conocía lo que estaba pasando en ese momento.

<sup>38</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 15. Sesión N° 10, fojas 6186-6190.



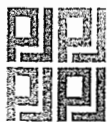
En ese sentido, teniendo en cuenta que la base incriminatoria está determinada por el aporte realizado por el representante del Ministerio Público, se advierte que el material probatorio actuado no resulta suficiente para generar convicción sobre la responsabilidad penal del encausado Fujimori Fujimori, por delito de Peculado, máxime si se tiene que no obra en autos instrumental pertinente que se constituya como suficiente prueba de cargo y permita generar convicción respecto de su responsabilidad penal, **ya que no se acreditó la vinculación funcional "por razón de su cargo" del encausado Fujimori Fujimori para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN -fondos de régimen especial-, más aún no se evidenció la disposición u orden de pago de los titulares de los denominados "Diarios Chicha" con fondos públicos del régimen de ejecución especial del SIN, por parte del encausado Fujimori Fujimori;** por ende, corresponde la aplicación del principio *indubio pro reo*, consagrado en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, ello en virtud a la duda razonable generada por las razones ya expuestas; que denota que las actuaciones desarrolladas a lo largo del proceso penal no han podido enervar la presunción de inocencia que existe a favor de todo procesado, en este caso del encausado Fujimori Fujimori, no apreciándose elementos probatorios idóneos que demuestren su responsabilidad penal en el citado delito; más aún si sólo cabe condenar a una persona cuando se ha llegado a la convicción sobre su responsabilidad en la comisión del hecho imputado conforme se acota al expresar que: "A veces acontece que, pese al máximo



esfuerzo desplegado durante la actividad probatoria, en el juicio oral, este termina sin que resulte probada fehacientemente la culpabilidad y responsabilidad del acusado, pero tampoco la inculpabilidad o irresponsabilidad del mismo. Lo único que se logra es constatar que existen razones antagónicamente equilibradas en pro y en contra de él; de modo que, es imposible poder afirmar o negar categóricamente la culpabilidad y responsabilidad del acusado (...). A esta duda definitiva que resulta de la contraposición equilibrada y antagónica de razones se llama también: *duda positiva*, (...) *la duda positiva o duda reflexiva que es el fundamento del indubio pro reo.*" [MIXÁN MÁSS, FLORENCIO -Derecho Procesal Penal y Juicio Oral, Sexta Edición, dos mil tres. Página doscientos cincuenta y cinco]. Por tanto, procede decretarse la absolución a favor del citado procesado de conformidad con el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales.

Estando a lo anterior expuesto este Supremo Tribunal considera que no resulta atendible la pretensión de la parte civil, toda vez que la sanción resarcitoria se determina conjuntamente con la pena al autor, conforme se estipula en el artículo noventa y dos del Código Penal, y en el presente caso al no haberse acreditado la responsabilidad penal del encausado Fujimori Fujimori, no es amparable las pretendidas alegaciones del actor civil.

Por tanto en aplicación de la tutela jurisdiccional efectiva este Supremo Tribunal toma la siguiente **DECISIÓN:**



Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del ocho de enero de dos mil quince -fojas once mil treinta y tres- que condenó a Alberto Fujimori Fujimori, por delito contra la Administración Pública-Peculado doloso, a ocho años de pena privativa de libertad efectiva; a la pena de inhabilitación por el término de tres años de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código penal; y al pago de tres millones de soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar en forma solidaria con los demás condenados en la causa 30-2001 1SPE/CSJL, a favor del Estado; y, **reformándola lo absolvieron** de la acusación fiscal por el referido delito y citado acusado; **DISPUSIERON** la anulación de sus antecedentes penales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso; encontrándose sufriendo carcelería **ORDENARON** su inmediata libertad siempre y cuando no exista en su contra otra orden o mandato de detención emitida por autoridad competente, comunicándose vía fax, para tal fin, a la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima; y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

JPP/epg

SE PUBLICO CONFORME A LEY

  
Dra. PILAR SALAS CAMPOS  
Secretaria de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA