

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe jurídico sobre el recurso de nulidad N°615-2015

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Abogado

Autor:

Juan Ignacio Pariona Vega

Asesor:

David Ricardo Torres Pachas

Lima, 2022

RESUMEN

El presente informe jurídico se origina ante la decisión de la Corte Suprema de absolver al expresidente Alberto Fujimori del delito de peculado por considerar que la Constitución no le otorga vínculo funcional especial con los recursos públicos del Servicio de Inteligencia Nacional. La Corte también considera a este delito como uno de infracción del deber institucional al que solo se le debe aplicar la teoría del autor único que no diferencia autores de partícipes mediante un criterio material, sino bajo el criterio de la infracción del deber institucional. La investigación busca determinar si el artículo 118 inciso 17 de la Constitución puede otorgar al presidente de la república vinculación funcional con los caudales públicos y si la teoría de los delitos de infracción de deberes institucional es aplicable en el sistema penal peruano, con los efectos que ello conlleva para la interpretación del delito de peculado y de las instituciones dogmático-penales de la autoría y participación. Para elaborar el trabajo nos basamos en las teorías de los delitos especiales desarrolladas por Claus Roxin, Günter Jakobs y Bernd Schünemann y en las investigaciones y jurisprudencia relativas al delito de peculado. Para ello, empleamos un método de investigación documental y dogmática. Los resultados del informe señalan que las teorías de infracción del deber de Roxin y Jakobs no son adecuadas para nuestro ordenamiento penal y que el artículo 118 inciso 17 de la Constitución si otorga la vinculación funcional requerida por el tipo de peculado. La conclusión para el caso concreto es que la Corte debió haber condenado a Alberto Fujimori como coautor del delito de peculado.

Palabras clave: *peculado, constitución, infracción del deber, vinculo funcional, presidente de la república.*

ABSTRACT

This legal report originates from the decision of the Supreme Court to acquit former President Alberto Fujimori of the crime of embezzlement on the grounds that the Constitution does not grant him a special functional link with the public resources of the National Intelligence Service. The Court also considers this crime as one of breach of institutional duty to which only the single perpetrator theory should be applied, which does not differentiate perpetrators from participants through a material criterion, but rather under the criterion of breach of institutional duty. The investigation seeks to determine if article 118, paragraph 17 of the Constitution can grant the president of the republic a functional relationship with public funds and if the theory of crimes of infraction of institutional duties is applicable in the Peruvian penal system, with the effects that This entails for the interpretation of the crime of embezzlement and the dogmatic-criminal institutions of authorship and participation. To elaborate the work, we are based on the theories of special crimes developed by Claus Roxin, Günter Jakobs and Bernd Schünemann and on the investigations and jurisprudence related to the crime of embezzlement. To do this, we use a documentary and dogmatic research method. The results of the report indicate that the Roxin and Jakobs theories of infraction of duty are not adequate for our criminal system and that article 118, paragraph 17 of the Constitution does grant the functional link required by the type of embezzlement. The conclusion for the specific case is that the Court should have convicted Alberto Fujimori as co-author of the crime of embezzlement.

Keywords: *embezzlement, constitution, infraction of duty, functional link, president of the republic*

Índice

1. Introducción	1
2. Justificación de la elección de la resolución	2
3. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la resolución	2
Identificación de los hechos relevantes del caso	2
Desarrollo del iter procesal	3
Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia	4
4. Identificación de los problemas jurídicos del caso	6
5. Análisis y posición fundamentada sobre cada uno de los problemas de la resolución	8
El Derecho Penal como protector de bienes jurídicos	8
El bien jurídico protegido por el delito de peculado doloso	10
Primer problema jurídico: El vínculo funcional del delito de peculado	15
Segundo problema jurídico: La autoría y participación en el delito de peculado	18
6. Conclusiones	24
7. Recomendaciones	25
8. Bibliografía	25

1. Introducción

Los tópicos de la autoría y la participación en la teoría del delito han sido de los que más discusiones han suscitado a lo largo de la historia de la dogmática penal. Los intentos por comprender esta institución han desembocado en diversas teorías con mayor o menor acogida en la práctica jurídica peruana. De todas estas, nuestros operadores jurídicos se han decantado en su mayoría por la aplicación de la teoría del dominio del hecho cuyo desarrollo más difundido en nuestro país es el realizado por Claus Roxin. Sin embargo, la aplicación de esta teoría no ha sido pacíficamente aceptada para aquellos delitos en los que el tipo penal exige alguna característica especial para el autor. De este grupo de delitos, sobresalen por su mayor aplicación los denominados delitos cometidos por funcionarios públicos. En cuanto a ellos, la jurisprudencia y la doctrina no se han puesto de acuerdo y en la práctica se aplica en su mayoría la teoría de la infracción del deber, ya sea en la variante propuesta por Roxin o en la desarrollada posteriormente por Günter Jakobs. Otras corrientes mantienen la aplicación de la teoría del domino del hecho y un sector menor considera que es de aplicación la teoría del domino sobre la vulnerabilidad del bien jurídica propuesta por Bernd Schünemann. No faltan también quienes aplican indistintamente elementos de estas teorías simultáneamente.

A este complejo panorama cabe añadir que los graves casos de corrupción en las más altas esferas de la administración pública han sido fuente de casos que han puesto a prueba la estructura tradicional de los tipos penales, no necesariamente pensados para enfrentar la corrupción a ese nivel. Así, probablemente el legislador no se esperaba que el tipo penal de peculado, aplicado normalmente a administradores de rango medio o bajo de la administración pública, terminaría aplicándose contra funcionarios de la talla de ministros o presidentes de la república. Ambas cuestiones fueron patentes en el fallo

de la Corte Suprema recaído en el recurso de nulidad N°615-2015, en el que se optó por absolver al expresidente Alberto Fujimori de la acusación por delito de peculado por considerar que la Constitución no estaba en condiciones de establecer el vínculo funcional con los caudales públicos exigido por el tipo. Asimismo, la Corte aprovechó la oportunidad para interpretar el tipo penal de peculado como uno de infracción del deber institucional. A partir de esta teoría, la Corte concluyó que para este delito no es posible diferenciar entre autor y partícipe según un criterio material, sino que debe aplicarse un criterio formal conforme al cual será autor único aquel sobre el que recaer el deber especial personalísimo e intransferible, sin importar la entidad de su aporte material. Por último, la Corte entendió que la consecuencia de lo anterior es la inaplicabilidad de las figuras de la autoría mediata y la coautoría, las cuales serían propias solo de los tradicionales delitos de dominio.

Como se aprecia, las conclusiones de la Corte traen importantes consecuencias dogmáticas que inciden en las distintas formas de autoría y participación y en la interpretación de los delitos especiales de funcionarios, por lo que resulta interesante realizar un análisis de su viabilidad para el sistema peruano, más aún si existían otras teorías que la Corte hubiese podido aplicar. A este objetivo apunta el presente informe. Para alcanzarlo, se empleará una investigación documental de naturaleza dogmática y jurisprudencial luego de la cual concluiremos que la Corte no debió haber absuelto a Fujimori, sino que debió condenarlo como coautor de peculado mediante una interpretación más amplia del vínculo funcional y aplicando la teoría del fundamento sobre la vulnerabilidad del bien jurídico de Schönemann.

2. Justificación de la elección de la resolución

El recurso de nulidad N°615-2015 merece ser materia de un informe jurídico porque en él se realiza la aplicación de una teoría de la autoría en los delitos especiales de funcionarios que no ha estado exenta de críticas en la doctrina y no ha sido de aplicación uniforme en la jurisprudencia. Asimismo, la teoría aplicada ocasionó una reconfiguración del concepto tradicional de autoría y participación que trajo como consecuencia señalada por la propia Corte la aplicación de la tesis del autor único que impide la aplicación de figuras como la autoría mediata y la coautoría, recogidas expresamente en el artículo 23 del Código Penal, el cual permite su aplicación a todos los delitos sin distinción.

Por otro lado, en esta resolución la Corte realizó una interpretación criticable del artículo 118 inciso 17 de la Carta Magna y del elemento típico de la vinculación funcional del delito de peculado que conllevó a la absolución de Fujimori por considerar que el referido artículo no satisfacía el referido elemento típico por tratarse de una norma genérica de naturaleza meramente política y representativa. Resulta de vital importancia, en un contexto donde lamentablemente nuestros altos dignatarios son constantemente investigados por actos de corrupción, corroborar si tal entendimiento de la Constitución es válido en un estado social y democrático de derecho y si el vínculo funcional del peculado no puede interpretarse de manera menos restrictiva. De la respuesta a estas interrogantes depende el futuro de múltiples procesos penales por este delito y por otros delitos de corrupción contra altos funcionarios, así como el

aseguramiento de la eficacia del tipo penal de peculado como medio de protección de la sociedad contra la impunidad.

3. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la resolución

Identificación de los hechos relevantes del caso

Los hechos que se relatarán a continuación se desprenden de la resolución materia del presente informe y ocurrieron en el marco del segundo gobierno del expresidente Alberto Fujimori (1995-2000). El dos de agosto de 1996, mediante resolución suprema N°279-96-PCM, Fujimori designó a Vladimiro Montesinos Torres como asesor II del gabinete de asesores de la alta dirección del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN).

Posteriormente, entre los años 1998 y 2000, Fujimori y Montesinos empezaron la campaña de reelección presidencial con miras a lograr una segunda reelección para el periodo 2000-2005. Para coordinar la campaña, Fujimori solía visitar las instalaciones del SIN alrededor de dos veces por semana, de manera intermitente. Se quedaba hasta la una de la madrugada y a veces pasaba la noche allí, en una habitación especialmente acondicionada para él. En sus visitas se reunía con Montesinos a puertas cerradas y este último también acudía a Palacio de Gobierno a hablar personalmente con el presidente. Ambos también se comunicaban mediante un teléfono encriptado varias veces al día, esporádicamente.

Algunas de las reuniones organizadas por Montesinos se llevaban a cabo en un ambiente especial del SIN denominado “aula gris”, “aula 3”, “aula grande” o “comando de campaña de reelección”. A dichas reuniones asistían el propio Fujimori, publicistas, ministros y comandantes generales del Ejército. Se trataban temas de corte político, de seguridad y de la reelección presidencial.

Montesinos también se reunía por su cuenta con los publicistas Borobio, Mankevich y Winitzky, quienes lo ayudaban en la realización de bocetos de portadas de diarios populares conocidos como los “diarios chicha”, entre los que estaban el diario “El Chino”, “El Chato”, “El Tío”, entre otros. Los titulares eran diseñados para denostar a los rivales políticos de Fujimori, como Luis Castañeda y Alberto Andrade, así como a cualquier otro opositor al régimen. Montesinos solicitaba el folder con dichos borradores cada vez que hablaba con Fujimori vía teléfono encriptado o cuando iba a verlo personalmente a Palacio de Gobierno y solía realizar modificaciones a los bocetos luego de ello.

Cada titular tenía un valor aproximado de cinco mil dólares, pero se pagaban semanalmente, por lo que los montos ascendían a entre setenta mil y ciento cincuenta mil dólares por semana. Para financiar ello, la Fuerza Aérea del Perú y el Ejército Peruano transfirieron al SIN un monto ascendente a aproximadamente ciento veintidós millones de soles que se registraron en la cuenta de presupuesto denominada “Gastos de Acción Reservada”. Montesinos administraba esa cuenta y emitía recibos que luego llevaba a Palacio de Gobierno junto con un proyecto de resolución suprema que Fujimori firmaba en señal de conformidad con los gastos. Fujimori llegó a firmar quince resoluciones supremas clasificadas como secretas mediante las cuales aprobó los gastos

de carácter secreto del régimen de ejecución especial del SIN de los meses de agosto de 1999 a septiembre del 2000.

El jefe oficial del SIN, Humberto Rozas Bonuccelli, el Ministro de Defensa entre abril de 1999 y noviembre de 2000, Alberto Bergamino Cruz y el Comandante General del Ejército, Guillermo Villanueva Ruesta consultaron personalmente con Fujimori sobre las referidas transferencias y el modo en que Montesinos venía administrando este dinero, frente a lo cual él se mostró conforme y les dijo que hicieran lo que Montesinos ordenara.

Desarrollo del iter procesal

El 26 de diciembre de 2006, la Sexta Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios inició investigación preliminar contra el expresidente Alberto Fujimori por la presunta comisión del delito de peculado. La decisión se basó en las copias certificadas remitidas por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia en el marco del denominado “Caso Madre”, donde se condenó a Vladimiro Montesinos y otras personas por los delitos de asociación ilícita para delinquir y peculado.

El 26 de marzo de 2008, la Sexta Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios formalizó la denuncia penal por delito de peculado contra Fujimori. Sin embargo, el 6 de abril de 2009 el Quinto Juzgado Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima rechazó abrir instrucción vía ordinaria por no existir una relación funcional entre Fujimori y los caudales o efectos estatales desvinculados de su ámbito de competencia. Esta decisión fue impugnada por el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Ad-Hoc y el 22 de enero de 2010 la Tercera Sala Penal Especial revocó la decisión y dispuso abrir proceso penal bajo el argumento de que el artículo 118, numeral 17 de la Constitución fundamenta la relación funcional del presidente con el patrimonio público al establecer que una de sus funciones es administrar la hacienda pública.

De esa forma, el 6 de abril de 2010 el Cuarto Juzgado Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima abrió instrucción vía ordinaria contra Fujimori por la presunta comisión del delito de peculado y dictó mandato de detención de ejecución suspendida a espera de la resolución del pedido de ampliación de extradición. El 14 de septiembre de 2012 se expidió en última instancia la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile que resolvió acceder al pedido de extradición solicitado por el Gobierno del Perú al considerar que existían suficientes indicios de que Fujimori, en su calidad de Presidente de la República, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y Director del Sistema de Defensa Nacional, tuvo conocimiento de que los jefes de dichas entidades castrenses desviaron fondos del Tesoro Público asignados a sus entidades, todo con el fin de refinanciar su campaña de segunda reelección para el período 2000-2005 mediante el manejo de los medios de prensa escrita denominados “Diarios Chicha”. La Corte concluyó que, según la legislación chilena, Fujimori sería autor por inducción.

El juicio oral se inició el 17 de octubre de 2013 y duró cincuenta y nueve sesiones continuadas. En la sesión sexagésima se dio lectura a la sentencia de fecha ocho de enero de 2015 que condenó a Fujimori a título de autor del delito de peculado doloso a

ocho años de pena privativa de la libertad efectiva, a tres años de inhabilitación y al pago de una reparación civil de tres millones de soles a abonar en forma solidaria con los demás condenados del “Caso Madre”.

Tanto el condenado como la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios apelaron la sentencia. El 16 de agosto de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió el Recurso de Nulidad N°615-2015, materia de análisis del presente informe, que declaró haber nulidad en la sentencia condenatoria del ocho de enero de 2015 y absolvió a Alberto Fujimori de la acusación por delito de peculado doloso.

Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia

La Corte considera que el delito de peculado es uno de infracción de deber en el que la responsabilidad penal del autor se basa en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente (competencia institucional), por lo que en esta clase de delitos rige el principio de autor único y no son aplicables criterios que diferencien, según el aporte material, entre autor y partícipe, por ser este criterio aplicable sólo a los delitos de dominio o de competencia por organización.

A criterio de la Corte, el delito de peculado exige una relación funcional específica, esto es, solo puede ser autor el que posea los caudales o efectos por razón de su cargo. La relación funcional es de estricta base jurídica y debe estar basada en el ámbito de competencia del funcionario cuyo contenido está determinado en leyes o normas de menor jerarquía. La posesión puede ser inmediata o mediata, por lo que será suficiente con que el funcionario tenga la facultad de disponer jurídicamente de los bienes. Esto último es conforme con el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ- 116 que desarrolla la disponibilidad jurídica en contraposición a la tenencia material directa.

Señala también la Corte que el delito de peculado, en tanto delito de infracción del deber, sólo admite la autoría directa o personal y excluye la autoría mediata y la coautoría porque el deber institucional es personalísimo. Solo la persona que tiene el deber puede infringirlo y no es posible hacerlo por reparto de funciones ni a través del hombre de adelante, ambos criterios propios de los delitos de dominio.

La Corte considera como principal problema jurídico determinar si Fujimori, en su condición de Presidente de la República, tenía relación funcional y disposición jurídica sobre los fondos públicos asignados al SIN objeto de apropiación para la compra de los titulares de los “Diarios Chicha”.

En opinión de la Corte, la vinculación funcional “por razón de su cargo” del delito de peculado es un componente normativo que exige a un funcionario público no en abstracto, sino contextualizado a un segmento específico de la función pública. Este requisito debe verificarse necesariamente de las normas de dicho sector (ley de la materia, reglamento de organización y funciones (ROF), manual de organización y funciones (MOF), etc.). No es suficiente el artículo 118 inciso 17 de la Constitución que establece la atribución genérica de naturaleza política y representativa del Presidente de la República de “administrar la Hacienda Pública”, pues esta debe concretarse desarrollando el programa normativo de protección en el Código Penal.

De las normas sectoriales ya mencionadas, la Corte colige que si bien la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (Decreto Ley N°25635) establece que el SIN depende directamente del presidente de la República y le corresponde cumplir aquellas funciones compatibles con su naturaleza, esta facultad también es genérica y representativa y no establece un vínculo funcional de administración y custodia de los fondos públicos del SIN. En cambio, de la referida Ley y del ROF y el MOF del SIN se establece que es el jefe del SIN quien es titular del pliego y que el funcionario que por razón de su cargo debe administrar los caudales públicos del SIN es el Jefe de la Oficina Técnica de Administración, por ser el encargado de ejecutar el presupuesto, conducir la contabilidad y la tesorería y dirigir, coordinar y controlar los pagos en la institución.

La Corte afirma que tampoco puede considerarse que Fujimori haya ejercido competencia funcional por haber suscrito las quince resoluciones supremas que justificaron los gastos de carácter secreto del SIN. Si bien el artículo 58 del ROF del SIN señala que la resolución suprema que aprueba los gastos de carácter secreto del SIN es el único documento justificatorio, el presidente estaba obligado a firmar las resoluciones en virtud del artículo 3, numeral 3 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (D.L. N°560) que establece que las resoluciones supremas son normas de carácter específico rubricadas por el Presidente de la República. Por lo tanto, Fujimori actuó en ejercicio de un deber, de conformidad con el artículo 20 numeral 8 del Código Penal que exime de responsabilidad en caso de obrar en cumplimiento de un deber. Además, el presidente no podía fiscalizar los gastos reservados por estar clasificados como secretos y ser de conocimiento limitado.

El Colegiado reconoce que las competencias institucionales se pueden flexibilizar en circunstancias de crisis institucional como la que se vivió en los años noventa y que esto puede dar paso a la existencia de funcionarios de hecho. No obstante, los testimonios de los comandantes generales Bello Vásquez y Villanueva Ruesta y de los ministros de defensa Bergamino Cruz y Saucedo Sánchez no acreditan que Fujimori haya ordenado el pago de los titulares y ninguno de ellos se reunió con él para tratar temas de reelección. Asimismo, los testigos Ramos Viera, Pinchi Pinchi, Rozas Bonuccelli y Ruiz Agüero tampoco acreditan el vínculo funcional de Fujimori ni que éste haya ordenado el pago por los titulares, pues se trata de testimonios que solo aportan información periférica e indirecta y, en el caso de Ramos y Ruiz, se basan en suposiciones sobre el contenido del fólder que Montesinos llevaba a Palacio y sobre la identidad de la persona con la que Montesinos hablaba por el teléfono encriptado desde su oficina cuando pedía los fólderes con los borradores de las portadas.

Finalmente, la Corte considera que el tribunal de primera instancia no valoró el video N° 1792 del 26 de noviembre de 1999 en el que se puede apreciar la reunión que llevaron a cabo los comandantes generales del Ejército, la Fuerza Aérea y La Marina con Montesinos en el local del SIN y en donde este último señala de manera libre y espontánea que Fujimori no sabía lo duro que estaban trabajando con respecto al tema de los “Diarios Chicha”. Esta prueba documental representa la realidad de forma real y objetiva, por lo que predomina sobre la prueba testimonial, más aún si su verosimilitud y objetividad se ven reforzadas por el testimonio de Bello Vásquez, uno de los participantes del video, quien señaló que Fujimori no conocía lo que estaba pasando.

Por todos estos argumentos, la Corte Suprema consideró que no se acreditó la relación funcional del encausado con los fondos públicos del SIN ni que éste haya ordenado el pago de los titulares de los “Diarios Chicha”. En consecuencia, absolvió a Fujimori de los cargos imputados.

4. Identificación de los problemas jurídicos del caso

Vistos los hechos y el recorrido procesal del caso, corresponde ahora identificar, delimitar y justificar los problemas jurídicos que ameritan un análisis y una toma de postura y en torno a los cuales se desarrollará el presente informe jurídico. Los problemas jurídicos identificados se pueden expresar mediante las siguientes preguntas:

- ¿En qué consiste el vínculo funcional exigido por el tipo penal de peculado doloso? ¿Puede el artículo 118 inciso 17 de la Constitución establecerlo?

Respecto del vínculo funcional en el delito de peculado doloso, se eligió este problema porque la frase “por razón de su cargo” que hace parte de la estructura del tipo penal es problemática al permitir interpretaciones tanto restrictivas como amplias. Esto ha llevado a algunas discusiones a nivel doctrinal y también pudo apreciarse a lo largo del íter procesal, cuando la Corte Superior inicialmente rechazó abrir instrucción bajo el argumento de que no existía relación funcional derivada del cargo de presidente de la república.

La propia Corte Suprema lo identificó como el principal problema jurídico a resolver en la resolución y desarrolló la gran mayoría de sus fundamentos doctrinales alrededor de él. Esto se debe a que el problema fundamental para establecer la responsabilidad de Alberto Fujimori radicó en determinar si el presidente de la república poseía un vínculo funcional en razón de su cargo con los caudales que fueron empleados en la compra de los titulares de los “diarios chicha” que lo hiciera parte del círculo de autores posibles del delito de peculado.

En el caso concreto, la Corte optó por una interpretación restringida del referido elemento, exigiendo que la relación funcional con los caudales esté concretizada en normas de rango legal o inferior, específicamente el Reglamento de Organización y Funciones, el Manual de Organización y Funciones y la Ley Orgánica del Servicio de Inteligencia Nacional. Esta interpretación rechazó la que hiciera la primera instancia, para quien el artículo 118 inciso 17 de la Constitución que establece que el Presidente de la República tiene el deber de administrar la hacienda pública sí fundamentaba la vinculación funcional por razón del cargo del ex presidente con el dinero apropiado, por considerar al referido artículo constitucional como genérico y de mero carácter político-representativo.

En consecuencia, se trata de una interpretación polémica que merece ser analizada, más aún si se tiene en cuenta que la Corte parece haber puesto en duda la fuerza normativa de la Constitución y estableció una serie de exigencias normativas para acreditar el vínculo funcional que no necesariamente se desprenden del tipo penal del peculado.

- ¿Cómo debe entenderse la autoría y participación en el delito de peculado doloso? ¿Es aplicable la teoría del autor único?

Respecto del segundo problema jurídico elegido, si bien la Corte no lo hizo parte central de su análisis y no pudo hacer una aplicación práctica de sus conclusiones teóricas por no tener necesidad de determinar el título de imputación de Fujimori al absolverlo, sí hizo una interpretación de la autoría en los delitos de infracción del deber que amerita ser analizada. El tema de la autoría y la participación es uno de los más complejos y debatidos en la dogmática penal y actualmente existen diversas posiciones doctrinarias respecto de cómo deben aplicarse estos conceptos en los denominados delitos especiales en donde el tipo penal exige en el autor una característica particular. Los juristas han discutido y se han dividido principalmente entre la teoría formalista de la infracción del deber, representada principalmente por Claus Roxin y, en su variante funcional-sistémica, por Günther Jakobs y su teoría de la infracción de deberes institucionales y, por otro lado, la teoría sustantiva de los delitos especiales de garantes, representada principalmente por Bernd Schünemann.

En la jurisprudencia peruana no existe consenso sobre cuál de estas teorías es aplicable al sistema peruano y en la práctica los jueces las aplican indistintamente. Así, en el presente caso la Corte aplicó la teoría de Jakobs de los delitos de infracción de deberes institucionales y consideró que en esta clase de delitos los deberes impuestos al autor son de carácter personalísimo, lo que impide aplicar la teoría del dominio del hecho para diferenciar autores y partícipes según su aporte material al hecho delictivo. En consecuencia, la Corte concluye que el peculado sólo admite la autoría directa o personal y es incompatible con la autoría mediata y la coautoría, en tanto el deber personalísimo no puede dividirse ni transmitirse a otra persona para que adquiera la calidad de autor.

Esta decisión es polémica y amerita análisis porque no tendría en cuenta que en el sistema peruano los artículos de la parte general del Código Penal que regulan la autoría y participación no señalan diferencia alguna en su aplicación para los delitos contra la administración pública, más aún si existen otras teorías, como la de Schünemann, que intentan incorporar el dominio del hecho a esta clase de delitos. Asimismo, el ordenamiento penal peruano no sería compatible con esta clase de formalismo en la medida que su objeto de protección establecido por el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal es el conjunto de los denominados bienes jurídicos, cuya lesión es indispensable para considerar un hecho como punible, sin que baste la mera infracción de algún deber “institucional”.

5. Análisis y posición fundamentada sobre cada uno de los problemas de la resolución

Para poder responder a los problemas jurídicos planteados, se desarrollarán primero algunas cuestiones teóricas preliminares necesarias para sustentar las respuestas.

El Derecho Penal como protector de bienes jurídicos

Conforme a lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, sólo son punibles aquellos hechos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos por ley. Se consagra así el principio de lesividad como uno de los pilares del derecho penal. Como tal, debe servir de base para la interpretación que se haga de los

tipos penales de la parte especial. No obstante, surge inmediatamente una duda conceptual. ¿Qué es un bien jurídico?

La discusión sobre la definición de bien jurídico está aún inacabada y existen diversas teorías. Como bien indica Schünemann (2018), el concepto de bien jurídico adolece de pobreza de contenido debido a su naturaleza eminentemente abstracta. Ello probablemente sea una de las razones por las que en la doctrina penal peruana existan discusiones sobre cuál es el bien jurídico protegido de diversos delitos de reciente aparición y de una complejidad que rebasa a la de los clásicos delitos contra la vida, la libertad, etc. Algunos juristas incluso no tienen inconveniente en considerar que algunos delitos protegen bienes jurídicos compuestos exclusivamente por deberes o principios, como se verá más adelante.

Respecto al concepto, Mir Puig (2004) considera que en un Estado Social y Democrático de Derecho los bienes jurídicos deben consistir en aquellos intereses sociales críticos entendidos como las condiciones de la vida social de importancia fundamental para la participación de los individuos en el sistema social. En esa medida, el referido autor rechaza que el derecho penal de un Estado social pueda proteger mandatos puramente formales, valores puramente morales e intereses no esenciales para el funcionamiento del sistema social.

Chanjan (2014) considera que el concepto de bien jurídico penalmente protegido debe integrar el aspecto ontológico-subjetivo, referido a la protección y garantía de los derechos humanos del individuo, y el aspecto normativo-objetivo referido a las valoraciones sociales y los fines preventivos del Derecho Penal. En esa lógica, el bien jurídico consistiría en una realidad social valorada y protegida por las normas por ser útil para posibilitar la participación igualitaria en sociedad y garantizar así la satisfacción de las necesidades sociales de la persona que permiten maximizar su dignidad humana y su libre desarrollo en sociedad. Meini (2014), es de una opinión similar, pues señala que el bien jurídico protegido es aquella condición indispensable para que las personas puedan desarrollarse libremente en sociedad. Esta condición puede ser tanto una libertad individual (vida, integridad, patrimonio, libertad sexual, etc.), como un derecho colectivo (medioambiente, correcta administración de justicia, sistema socioeconómico, etc.).

Por su parte, García Caveró (2019) considera que el error de la doctrina en el estudio del bien jurídico protegido ha pasado por no diferenciar entre distintos conceptos según la utilidad que se les quiera dar. Así, el bien jurídico a secas sería toda aquella condición individual o colectiva que las personas necesitan para realizarse en sociedad. Este concepto legitima el Derecho Penal, permite criticar los abusos de la política criminal y se corresponde con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. El bien jurídico penalmente protegido, en cambio, sería la vigencia de la norma penal defraudada que asegura el bien jurídico a secas y la pena impuesta restauraría la confianza en ella. Aquí radicaría el principio de lesividad. Finalmente, el objeto que representa al bien jurídico sería la realidad material menoscabada por la conducta prohibida y permitiría distinguir entre delitos de lesión y delitos de peligro, ambos lesivos para la vigencia de la norma.

José Hurtado Pozo (2011) critica a las corrientes que abogan por dejar de lado el bien jurídico, pues considera que la vigencia de la norma o el aseguramiento de las expectativas socio-normativas no pueden estar al mismo nivel que bienes jurídicos como la vida. Estos bienes jurídicos son el fin último del sistema social, por lo que el sistema normativo no puede ser un fin en sí mismo. Ello atentaría incluso contra el artículo 1 de la Constitución que señala que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado. En consecuencia, se debe conservar la noción de bien jurídico y debe limitarse negativamente su configuración por parte del legislador a través de los límites impuestos por las reglas y principios constitucionales.

De manera similar, Villavicencio (2006) considera que no es viable reemplazar el bien jurídico por la infracción del deber, pues aquel es un conjunto de valores con sentido teleológico, mientras que los deberes son normas con sentido deontológico. Esta diferencia conceptual no los haría equiparables. En ese sentido, los bienes jurídicos serían los valores fundamentales y predominantes en toda la sociedad, proporcionados e inspirados en las normas de protección de Derechos Humanos y en los principios constitucionales y servirían para delimitar y legitimar el poder penal. Así también, Abanto Vásquez (2014) sostiene que, si se abandona la teoría de bienes jurídicos y se establece como función del derecho penal proteger solo expectativas sociales derivadas de normas vigentes, se perdería la capacidad de criticar al derecho penal desde una perspectiva político criminal y se dejaría el camino libre para un derecho penal del autor. Por ello, la teoría de bienes jurídicos de base constitucional brindaría cuanto menos una base real, aprehensible y controlable para vincular al Derecho Penal y la Política Criminal y respetar así la humanidad de los destinatarios de la norma penal.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado respecto del bien jurídico penal en la sentencia N°00012-2006-PI/TC del 15 de diciembre de 2006. Para el máximo intérprete de la Constitución, el Derecho Penal debe proteger de conductas que comporten una dañosidad social a los bienes constitucionalmente relevantes que garanticen las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en sociedad. Son dichas características del bien jurídico las que explican la dañosidad social de las conductas que lo vulneran.

A partir de estas consideraciones, mi posición personal es que el bien jurídico debe entenderse como un estado o situación que es en sí mismo expresión de la dignidad humana (el hecho de estar vivo, de no ser objeto de coacciones que limiten la libertad, etc.) o que sirve para garantizarla (correcto funcionamiento de la administración pública, medio ambiente, etc.) y que, por tanto, es de interés individual y social proteger. Muchas de estas situaciones, estados o realidades son objeto de protección de las normas de derechos fundamentales y de los derechos humanos, lo que permite afirmar que el derecho penal es solo una herramienta más para su protección.

No me parecen adecuadas las teorías sociológicas normativistas que consideran que es la vigencia de la norma lo que el derecho penal tutela, pues, como ya lo afirmó Schünemann (2018), este razonamiento es circular (la norma se estaría protegiendo a sí misma). Asimismo, esta línea de pensamiento es incompatible con el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, mencionado al inicio de este apartado, que consagra el principio de lesividad de bienes jurídicos, y con el artículo 1 de la Constitución que

señala que el fin supremo de la sociedad y el Estado (y, por consiguiente, el fin supremo del ordenamiento jurídico) es el ser humano y no el ordenamiento jurídico en sí mismo.

Considero que es importante superar las posiciones formalistas en el Derecho Penal, sobre todo, pero también en el derecho en general. En la práctica jurídica peruana, no es raro encontrar jueces formalistas que anulan procesos que iniciaron hace años solo porque existe alguna formalidad que en el peor de los casos era subsanable, o casos en los que los jueces aplican un tipo penal sólo porque la conducta calza en la descripción del tipo, pero sin aplicar una interpretación teleológica o un juicio de antijuricidad material. A mi parecer, la interpretación teleológica es el paradigma de aplicación razonada y justa del derecho y es un requisito indispensable del Estado Social y Democrático de Derecho. En consecuencia, debe dotarse a los operadores del derecho de herramientas conceptuales que faciliten este tipo de interpretación y creo que la noción de bien jurídico protegido, entendida de la manera ya explicada, sirve a tales propósitos.

En cambio, la teoría normativista se presentaría como un peligro para el uso racional del derecho y para la justicia en la aplicación del poder punitivo. Si lo que se protege es la norma, su “vigencia” o las expectativas de su cumplimiento, se dificulta la posibilidad de diferenciar entre antijuricidad material y formal y la capacidad de crítica al legislador en caso de que decida crear un tipo penal que no amenaza una realidad material digna de protección se ve afectada. De ahí que incluso autores que defienden esta teoría, como García Caveró (2019), se vean forzados a incluir de una u otra forma al bien jurídico protegido en el análisis de legitimidad de los tipos penales. Empero, no concuerdo con la propuesta conceptual del referido autor, pues hace el que a mi parecer es un sobreanálisis innecesariamente complejo para salvar la teoría normativista, cuando hubiera bastado con abandonarla en favor de la teoría del bien jurídico, la cual no requiere diferenciar el concepto según la utilidad al ya abarcar todas las utilidades en un único concepto.

El bien jurídico protegido por el delito de peculado doloso

Establecida la importancia y el contenido del concepto de bien jurídico, corresponde ahora averiguar cuál es el bien jurídico específico del delito de peculado doloso. Para ello resulta conveniente tener en cuenta que en la doctrina de los delitos contra la administración pública se tiende a diferenciar entre un bien jurídico genérico protegido por toda esta clase de delitos y bienes jurídicos específicos propios de cada tipo penal. En vista de ello, se determinará cuál es el bien jurídico genérico que es objeto de protección de los delitos contra la Administración Pública a efectos de dar una base más sólida al posterior análisis del bien jurídico específico del peculado.

Para Fidel Rojas (2021), el bien jurídico genérico denominado “Administración Pública” consta de los siguientes tres elementos: las normas que regulan las funciones y servicios públicos, los principios rectores que vinculan positivamente a los funcionarios públicos con la Administración y que permiten concretizar el bien jurídico genérico (imparcialidad, protección del patrimonio público, etc.), y el ejercicio de funciones y servicios públicos de manera legal. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico “Administración Pública” vulneraría los dos últimos elementos y trastocaría el primero al alterar el sentido prestacional de las funciones y servicios públicos. Todos estos

elementos también son entendidos como las condiciones mínimas para que el sistema de la Administración Pública funcione y pueda cumplir con los fines del Estado.

Por su parte, Montoya Vivanco (2015) identifica hasta tres posturas que intentan definir el bien jurídico general. La primera consiste en una concepción subjetiva que aboga por las características que debería tener todo funcionario público, como son la probidad, dignidad, integridad, rectitud, lealtad, etc. La segunda postura define el bien jurídico como las expectativas normativas sobre la actuación y el rol de los funcionarios públicos en el sistema social. Finalmente, la tercera postura que el autor señala como la dominante en jurisprudencia y doctrina y con la que está de acuerdo es la que identifica al bien jurídico genérico como el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Este correcto funcionamiento implica ver a la administración pública no como un fin en sí mismo, sino como una herramienta destinada a un fin prestacional. Este sentido funcional de la administración pública se basa en los principios y valores de la Constitución y exige definir al bien jurídico como la objetiva, legal y prestacional administración de los bienes y servicios estatales con miras a lograr los fines constitucionales.

Del mismo parecer es Abanto Vásquez (2003), quien afirma que debe dejarse de lado la concepción tradicional del bien jurídico como la protección del prestigio o la dignidad de la administración pública, esto es, la concepción que ve a la administración como un fin en sí mismo. En su lugar, la concepción más acorde con un Estado Social y Democrático de Derecho que enmarca al Derecho Penal es la que refiere que el bien jurídico es el correcto funcionamiento de la administración pública, vale decir, el correcto ejercicio de la actividad pública constituida por los servicios que el Estado brinda a los ciudadanos.

En esa misma línea, Chanján (2014) brinda algunas precisiones adicionales al rechazar las teorías de la infracción de las expectativas de cumplimiento de los deberes del cargo y la de la protección de la fidelidad al Estado por medio del cumplimiento de deberes, por considerar que se centran en la relación funcionario-Estado y terminan ignorando el aspecto social de la administración pública expresado en la relación ciudadano-Estado. Esta última sería la única relación compatible con el Estado Social de Derecho del Perú, por lo que la teoría acertada es la del bien jurídico general o mediato entendido como la correcta funcionalidad de la administración pública, evaluada por medio de los valores y principios constitucionales que informan la actuación administrativa y no con base en intereses de la Administración entendida como ente independiente de sus fines prestacionales.

Mi posición personal es de adhesión a la postura que señala que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública. En concordancia con mi postura a favor del bien jurídico como realidad material distinta de las normas, no considero acertadas las propuestas del bien jurídico general que lo definen como el conjunto de principios que inspiran la función pública o como el incumplimiento de expectativas de comportamiento de los funcionarios públicos. En un Estado Social y Democrático de Derecho, la administración pública debe entenderse como una herramienta al servicio de los ciudadanos y no como un fin en sí mismo. Por lo tanto, no sería legítimo usar al derecho penal para proteger al Estado entendido como una entidad

independiente y desligada de sus funciones prestacionales, ni mucho menos para proteger las normas y principios que rigen la actuación de los funcionarios públicos.

Es verdad que cuando se perpetra un delito contra la administración pública se pueden quebrar las expectativas que la sociedad tenía respecto del funcionario público y ciertamente se violan los deberes y principios que regulan la función pública, pero ello es sencillamente porque dichas normas y principios son una herramienta más que sirve para garantizar que el aparato estatal cumpla con sus fines prestacionales. El Derecho Penal es solo una pieza subsidiaria del ordenamiento, por lo que es normal que existan otros sectores del ordenamiento, como el derecho administrativo, que sirvan a los mismos fines y cuyos preceptos se vean quebrantados junto con los preceptos penales. De hecho, todo el ordenamiento jurídico tiene como finalidad suprema la protección de la persona humana. En ese sentido, la definición de Fidel Rojas (2021), mencionada líneas arriba, que trata de integrar las posturas normativistas con las posturas ontológicas, deviene en innecesaria e imprecisa, pues basta con identificar al bien jurídico general con el tercer elemento mencionado por el autor, esto es, con el ejercicio de funciones y servicios públicos de manera legal. Los otros dos elementos, referidos a normas y principios, no deben considerarse como parte del bien jurídico y su quebrantamiento será, en todo caso, un indicio del delito.

Establecido el bien jurídico general protegido por todos los delitos contra la administración pública, corresponde ahora determinar cuál es el bien jurídico del delito de peculado. Al respecto, la doctrina no es nada pacífica. Para Cáceres Julca (2012), el peculado es un delito pluriofensivo que protege tanto el buen uso del patrimonio público expresado en su no lesividad por intereses particulares, como los deberes de lealtad y probidad frente al abuso de poder. Roca de Agapito (2013), jurista español, considera que el bien jurídico de los delitos de malversación (así se denomina al delito de peculado en España) debe ser una síntesis que recoja los aspectos patrimonialistas junto con la posición jurídica especial del sujeto activo en tanto funcionario. Por lo tanto, el bien jurídico sería la correcta gestión del patrimonio público destinado a la prestación de servicios públicos.

Fidel Rojas (2021) también considera que el peculado es un delito pluriofensivo. El bien jurídico estaría compuesto de tres objetos específicos: la correcta administración del patrimonio público en función de los intereses generales y en contra de la avaricia lucrativa de los funcionarios en quebrantamiento del principio de no lesividad patrimonial de la administración pública; los deberes funcionales de probidad y profesionalismo frente al abuso de poder del funcionario; y el principio constitucional de lealtad a los intereses públicos al que se encuentran sometidos los funcionarios y servidores. En cambio, Hugo Álvarez (2021) considera al peculado como un delito meramente patrimonial, en vista de la configuración histórica de este delito, la línea seguida por los códigos penales más modernos (cita el caso alemán), y de las últimas reformas legales que agravaron la pena en caso el monto de lo apropiado o utilizado supere las 10 unidades impositivas tributarias. De una opinión distinta es Llamoya Hilares (2021), para quien el bien jurídico protegido es el cumplimiento del deber especial positivo “correcta administración de los caudales o efectos que se encuentran dentro del ámbito de competencia funcional del funcionario o servidor público”. Sería el quebrantamiento de tal deber especial positivo el que fundamenta la autoría.

Peña Cabrera (2021) identifica diversos intereses jurídicos afectados, pero considera que el bien jurídico es la administración patrimonial funcional apegada a la Ley y a la Constitución. Asimismo, considera que la infracción de los deberes del funcionario que aluden a características subjetivas, como el deber de lealtad, no puede ser el bien jurídico, porque dichos deberes aluden a conceptos vagos que no cumplen con brindar al injusto penal la sustantividad que requiere. En contraste, Salinas Siccha (2019) entiende que todos los bienes jurídicos específicos de los delitos funcionariales están representados por principios o deberes de organización y funcionamiento del Estado, por lo que en el caso del peculado el bien jurídico específico es el deber o principio del funcionario o servidor público de no lesionar el patrimonio. Esto haría al delito de peculado uno pluriofensivo, pues el autor considera que, además del referido deber, también afecta el normal y recto funcionamiento de la administración pública. No obstante, esto es conceptualmente erróneo, pues que se afecten tanto el bien jurídico genérico como el específico no vuelve al delito pluriofensivo, sino que es una consecuencia lógica de que el bien jurídico específico sea una concretización del general.

Para Abanto Vásquez (2003), el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado pero entendido en sentido funcional, vale decir, la correcta gestión del patrimonio público por parte de la administración pública para servir a los intereses generales de la sociedad o la legalidad de los servicios vinculados con la administración patrimonial del Estado. Por el contrario, José Ugaz y Camila Ugaz (2021) abogan por una posición ecléctica o pluriofensiva que entiende que los bienes jurídicos son tanto los deberes del funcionario público de lealtad, probidad y de no lesionar los intereses patrimoniales del Estado para evitar el abuso y provecho personal de la relación funcional, como los intereses patrimoniales del Estado.

Chanján (2014) rechaza que el bien jurídico pueda ser la mera infracción de deberes administrativos funcionariales, pues ello provocaría que el peculado se convierta en un tipo de mera actividad y peligro abstracto en el que solo bastaría la violación del deber para la consumación. Asimismo, esta concepción sería de corte autoritario por centrarse en la relación funcionario-Administración, dejando de lado a los ciudadanos; y los términos “probidad”, “lealtad”, “fidelidad”, etc. son muy vagos como para determinar en la práctica cuándo se produce la afectación al bien jurídico, lo que puede llevar a un punitivismo inaceptable. En consecuencia, los deberes funcionariales deben entenderse como presupuestos objetivos delimitadores del ámbito penal, mas no como el bien jurídico protegido. El autor también rechaza la teoría de la pluriofensividad, pues dificulta demasiado la interpretación teleológica y la verificación del desvalor del resultado al no quedar claro si solo uno o todos los bienes jurídicos deben ser afectados o puestos en peligro en el caso concreto. En consecuencia, el autor considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio público en sentido funcional, esto es, el patrimonio del Estado entendido no en un sentido estático o jurídico-económico (como en los delitos comunes contra el patrimonio), sino en un sentido dinámico, ligado a la función política prestacional del Estado. Esta concepción sería la más adecuada para nuestro ordenamiento jurídico enmarcado en un Estado Social y Democrático de Derecho y permitiría diferenciar el peculado de otros delitos contra la administración pública como el cohecho o el tráfico de influencias al requerir no la mera violación de deberes que podrían ser comunes a dichos tipos penales, sino la verificación del desvalor del

resultado (antijuricidad material) en la afectación de la correcta gestión del patrimonio público.

Por último, el Acuerdo Plenario N°04-2005/CJ-116 del treinta de setiembre de 2005 estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que el delito de peculado es pluriofensivo y el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos protegidos: garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y evitar el abuso del poder que ostenta el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Vistas algunas posiciones respecto del bien jurídico del peculado, mi apreciación personal naturalmente debe estar acorde con mis posturas respecto del concepto general del bien jurídico y del bien jurídico genérico de los delitos contra la Administración Pública. Por ello, no considero adecuadas ninguna de las posturas que abogan por deberes o principios como bienes protegidos, por las razones ya expresadas líneas arriba cuando descarté a las normas como posibles bienes jurídicos. No obstante, surge la siguiente interrogante: si el legislador no quería proteger los deberes o principios que rigen la actuación del funcionario, ¿por qué exige que el autor del delito sea un funcionario vinculado funcionalmente con los caudales o efectos estatales? La respuesta a esta pregunta pasa por comprender que el verdadero bien jurídico protegido es aquella situación que garantiza el cumplimiento de los fines prestacionales del Estado y que podemos denominar correcta gestión del patrimonio público.

No se trata de la protección del patrimonio en sí mismo, ni siquiera en sentido funcional. Considero que la posición de Chanján (2014) es en realidad similar a la que planteo, salvo por el hecho de que, a mi entender, resulta inadecuado equiparar la correcta gestión del patrimonio público con el patrimonio público en sentido funcional. Si el objeto de protección de verdad fuera este último, cualquier persona y no solo el funcionario podría vulnerarlo. Por ejemplo, un ladrón que roba caudales o efectos de una entidad pública también vulneraría el patrimonio funcional, ya que los bienes robados no podrían usarse para los fines prestacionales. De hecho, los robos y hurtos de bienes destinados a ciertos fines sociales configuran una agravante justamente por el sentido funcional de tales bienes. Decir que el patrimonio público es distinto del privado porque tiene unos fines de interés público es correcto, pero no deja de ser solo la descripción de una característica especial de este tipo de patrimonio. En cambio, si se adopta la definición propuesta, la exigencia de que el autor sea un funcionario público con vinculación funcional termina por ser una consecuencia lógica del bien jurídico. Esto se debe a que la gestión del patrimonio público es una actividad que sólo puede desempeñar aquel funcionario al cual esta le ha sido encomendada. Por tanto, solo dicho funcionario será capaz de gestionar incorrectamente los caudales o efectos de la forma descrita en el tipo penal. Nadie más podría hacerlo. Los demás individuos que carecen del cargo de gestores (administradores, custodios o perceptores) sólo podrán dañar el patrimonio público directamente, pero nunca la correcta administración de los caudales o efectos. En conclusión, estamos ante un tipo penal cuyo bien jurídico sólo puede ser dañado por la persona con las características especiales que el propio tipo indica.

Primer problema jurídico: El vínculo funcional del delito de peculado

El tipo penal de peculado vigente al momento de la sentencia materia del presente informe tenía el siguiente tenor literal:

Artículo 387.- 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 la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

El artículo 118 inciso 17 de la Constitución señala lo siguiente:

Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

17. Administrar la hacienda pública.

Para realizar una interpretación teleológica del elemento “por razón de su cargo” que respete el bien jurídico “correcta administración del patrimonio público”, conviene primero echar un breve vistazo a algunas propuestas interpretativas de la doctrina y jurisprudencia.

Para Fidel Rojas (2021), la vinculación funcional debe ser de estricta base jurídica. El ámbito de competencia del cargo debe estar determinado en legislación extrapenal que podrá ser leyes o normas de menor jerarquía (reglamentos), generalmente de base administrativa, que deberán contener normas específicas que confieran al funcionario atribuciones y ámbitos de competencia. El autor reconoce que en la doctrina no se exige que la tenencia de los bienes sea directa, pues basta la disposición jurídica de la que usualmente gozan los superiores jerárquicos. En estos casos de disposición jurídica, esta doctrina considera suficiente la competencia genérica de administración, pero el autor rechaza esta posición y arguye que el peculado requiere necesariamente de la vulneración de deberes específicos que otorguen competencia directa para el manejo y custodia de los caudales públicos. Para defender esta posición, se apoya en, entre otras, la resolución materia del presente informe.

Por su parte, Abanto Vásquez (2003) considera que el elemento bajo análisis hace referencia a una relación funcional específica derivada exclusivamente de la ley, reglamentos u órdenes legalmente formuladas y que solo en casos excepcionales de vacíos legales en los reglamentos podría acudir a prácticas consuetudinarias no contrarias a la ley. Esta sería la interpretación acorde con el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública”, pues este último solo podría verse atacado por un funcionario con el deber específico respecto de los bienes encomendados. Por ende, el autor rechaza que se pueda imputar peculado sobre la base del quebrantamiento de “deberes generales del cargo” o cuando el funcionario haya tenido la disponibilidad producto de asignaciones basadas en la mera confianza, costumbre, consenso, o por situaciones de engaño, abuso, etc.

En cambio, Montoya Vivanco (2015) se basa en el reconocimiento de la doctrina de la disponibilidad jurídica por parte del Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116 para afirmar

que la vinculación funcional por razón del cargo implica que el funcionario tenga, por efecto de la ley que regula el cargo público que desempeña, una competencia específica sobre los recursos públicos consistente en la facultad para disponer de ellos incluso sin necesidad de mantenerlos materialmente bajo su custodia. Adicionalmente, Chanján (2014) sostiene que la vinculación funcional especial exigida por el tipo implica que el desvalor de acción del injusto requerirá de la violación de deberes funcionariales específicos que confieran competencia normativa para disponer de los caudales. Estos deberes deberán estar establecidos previamente en una norma legal o reglamentaria o en una disposición u orden administrativa de la autoridad competente. Por lo tanto, el autor rechaza la posibilidad de que la vinculación pueda establecerse a partir de la condición general de funcionario, ya que el tipo penal exige expresamente que la competencia sea por razón del cargo específico.

Por último, el Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116 señala en su fundamento jurídico sexto que la vinculación funcional que exige el tipo penal debe entenderse como una competencia funcional específica que no necesariamente implica una tenencia material directa, pues basta la disponibilidad jurídica definida como la posibilidad de disponer libremente de los caudales o efectos en virtud de la ley. A partir de la dación de este acuerdo, la sucesiva jurisprudencia de la Corte Suprema ha adoptado sus fundamentos. Así, los recursos de nulidad N°2296-2011-Lambayeque, N°3886-2011-Huancavelica, N°253-2011-Piura y N°829-2019-Junín lo citan expresamente.

A partir de la doctrina presentada, la principal conclusión que podemos inferir es que la vinculación o competencia funcional por razón del cargo precisa necesariamente de normas extrapenales que le confieran al funcionario la atribución de administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos públicos. La doctrina y la jurisprudencia parecen estar de acuerdo en esto. No obstante, ninguno de los autores presentados señala que la fuente de la vinculación funcional no pueda ser la propia Constitución. Esto probablemente se deba a que no es común en la práctica que una autoridad cuyas funciones están reguladas en la Constitución sea imputada por peculado. Pero de ello no se desprende en absoluto que la Carta Magna no pueda ser aquella norma extrapenal que el tipo exige.

La Corte Suprema, en el caso bajo análisis, también comprendió esto al decidir analizar el artículo constitucional y no descartarlo de plano, por lo que su decisión de recurrir a la Ley del Poder Ejecutivo, la Ley del Sistema Nacional de Inteligencia y el Manual y el Reglamento de Organización y Funciones del SIN no se debió a algún formalismo referido al rango que debía tener la norma extrapenal (rango legal o de menor jerarquía), sino a un error al interpretar el artículo 118 inciso 17 de la Constitución. Considero que la Corte se equivoca al señalar que el referido artículo establece una atribución de naturaleza meramente “política y representativa”, pues la Constitución goza de verdadera fuerza normativa y sus disposiciones son normas jurídicas en toda regla. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico doce de la sentencia N°4053-2007-PHC/TC con el siguiente tenor:

El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de

disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

En esa línea, el constitucionalista César Landa (2010) afirma que, en la doctrina de este campo, se consideran como principales funciones de la Constitución conferir competencias y disciplinar su ejercicio por medio de normas constitutivas y normas regulativas. Asimismo, la doctrina constitucionalista diferencia entre normas-regla y normas-principio, también llamadas normas de naturaleza jurídica y normas de naturaleza programática respectivamente, dado el carácter difuso de los límites y la indeterminación de algunas de estas últimas, lo que da paso a un amplio margen de interpretación discrecional.

Con base en ello, el artículo 118 inciso 17 no puede considerarse una norma-principio, pues no establece ningún principio, sino que regula una competencia del Presidente de la República. Es correcto que esta norma constitucional, por sí misma, no permite determinar cómo el presidente ejerce su administración, esto es, en qué momento la ejerce y sobre cuáles bienes, pero ello es porque la Constitución requiere de leyes orgánicas que desarrollen sus contenidos. No obstante, el hecho de que el artículo 118 inciso 17 no describa completamente la facultad administrativa del presidente no implica en absoluto que sea una norma sin contenido o que no tenga valor jurídico. Es lo más lógico que las normas del ordenamiento tengan que interpretarse de forma sistemática con otras normas. El ordenamiento jurídico no está compuesto de disposiciones independientes entre sí, sino que es un sistema de normas entrelazadas que se condicionan unas a otras. De ahí que sea irrazonable (e inconstitucional) no reconocerle valor jurídico ni contenido a un artículo de la Constitución por requerir de desarrollo legal adicional. De hecho, el artículo bajo examen si tiene una indudable consecuencia jurídica que el legislador está obligado a respetar: el presidente tiene competencia para administrar y disponer de los recursos públicos.

Dicho esto, la supremacía jurídica de la Constitución hace imposible que el legislador le arrebathe la potestad administrativa al Presidente de la República. Ilustrativo de ello es el artículo 1 del Decreto Legislativo N°560 denominado “Ley del Poder Ejecutivo”, vigente en el momento de los hechos y cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 1.- El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación. Sus atribuciones y obligaciones están establecidas por la Constitución Política y por Ley. No pueden ser menoscabadas por norma o acto alguno.

Ante esto, podría argumentarse que el presidente en la práctica no dispone de recursos del Estado porque de dicha tarea se encargan funcionarios de menor rango, como los ministros de las diferentes carteras. No obstante, tal aseveración no tiene en cuenta, conforme señala Landa Arroyo (1994), la tradición histórica presidencialista de nuestro país, donde por razones sociológicas se han preferido siempre expresiones institucionales altamente personalizadas. Esta necesidad quedó recogida en la Constitución mediante una configuración normativa que otorgó al Poder Ejecutivo y a su máximo representante las atribuciones necesarias para tomar y ejecutar sus decisiones de manera rápida y eficaz para hacer frente a los diversos problemas que se

presenten. Por ello, cuando la Constitución señala en su artículo 120 que son nulos los actos del presidente que carecen de refrendación ministerial, es porque son los ministros quienes responden ante el Congreso en procesos de interpelación que pueden acabar en censura, con lo que el cargo presidencial se mantiene protegido.

Que el presidente no sea responsable político por sus decisiones, por tanto, se debe al modelo presidencialista y no a que aquel sea una mera figura representativa sin poder. Esto se advierte claramente en el artículo 2 de la Ley del Poder Ejecutivo ya mencionada, que confiere al presidente la atribución de elegir y remover ministros. No cabe duda de que el presidente tiene un marcado rol de decisión, liderazgo, y dirección que debe usarse para interpretar su atribución de administrar la hacienda pública y que se manifiesta, por ejemplo, en que puede convocar y presidir el Consejo de Ministros (art. 121 de la Constitución) y en que la Ley del Poder Ejecutivo le asigna presidir el Sistema de Defensa Nacional (Art 4) y que los decretos legislativos, decretos supremos y resoluciones supremas requieran su firma (Art. 3). En concordancia con ello, el Decreto Ley N°25635 que regula el Sistema de Inteligencia Nacional (SIN), parte integrante del Sistema de Defensa Nacional, señala en su artículo 7 que el SIN es de rango ministerial y depende directamente del Presidente de la República.

Sobre esta base normativa, no me parece acertada la argumentación de Francisco Mendoza y Daniel Mendoza (2021), quienes, luego de analizar y criticar la sentencia materia del presente informe, concluyen que Fujimori administró los caudales del SIN “por razón de su cargo” porque de facto invadió funciones de los funcionarios que sí tenían formalmente la atribución por razón del cargo de administrar dichos caudales. Esta argumentación es insostenible porque fuerza demasiado el concepto de “por razón del cargo” y admite que un funcionario puede adicionar a su cargo funciones no previstas en el ordenamiento simplemente por ocuparlas en los hechos. Eso no es viable en un Estado de Derecho. En esa medida, la argumentación adecuada es que Fujimori ya tenía como parte de su cargo la atribución de administrar la hacienda pública, de la que hacen parte los fondos que se desviaron al SIN.

En conclusión, el artículo 118 inciso 17, sumado a la Ley del Poder Ejecutivo y al Decreto Ley del Sistema de Inteligencia Nacional, sí otorgan competencia funcional al Presidente de la República para administrar y disponer de los caudales de los ministerios y entidades del mismo rango, como el SIN. La particularidad radica en que, para ejercer esta función, el presidente requerirá de sus ministros y del jefe del SIN. Esto se verificó en los hechos cuando el Jefe Oficial del SIN Rozas Bonuccelli, el Ministro de Defensa Bergamino Cruz y el Comandante General del Ejército Villanueva Ruesta consultaron a Fujimori sobre las solicitudes de dinero de Montesinos y el presidente les ordenó que hicieran lo que Montesinos diga. Esto grafica además cómo los titulares de los ministerios y demás entidades dependientes del Ejecutivo están subordinados al presidente.

Segundo problema jurídico: La autoría y participación en el delito de peculado

Para dar respuesta al segundo problema jurídico identificado en la resolución, corresponde hacer una síntesis y crítica de las teorías de la autoría y participación en los delitos especiales más estudiadas y aplicadas en la doctrina y jurisprudencia nacionales. Nos referimos a la teoría de los delitos de infracción del deber de Roxin, la teoría de los

delitos de competencia institucional de Jakobs y la teoría de los delitos especiales de garantes de Schünemann.

La tesis de Roxin (2016) parte de una clasificación de los delitos según cómo está estructurada la autoría en los tipos penales. A partir de este criterio, Roxin clasifica los delitos en aquellos donde la autoría se delimita a través del criterio del “dominio del hecho” y en aquellos otros donde el autor se determina por la infracción de un deber extrapenal antepuesto en el plano lógico a la norma penal y que por lo general proviene de otra rama jurídica. Que el deber esté antepuesto lógicamente significa que es un presupuesto que debe existir previamente a la norma penal, pues esta última configura su estructura a partir de la existencia previa de aquel. Tiene el dominio del hecho quien controla el sí y el cómo del curso típico del suceso conforme con su resolución de voluntad final. En cambio, quien está obligado por el deber extrapenal destaca por sobre los demás partícipes por tener una especial vinculación con el contenido de injusto del hecho que hace que el legislador lo considere como autor o figura central del suceso debido a dicha obligación. Los ejemplos que Roxin ofrece de esta categoría de deberes son los deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo de ciertas profesiones o estados y los deberes civiles de alimentos y lealtad. En síntesis, Roxin diferencia entre los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber.

La propuesta de Roxin (2016) genera diversas consecuencias en el entendimiento tradicional de la estructura y requisitos de las diversas formas de autoría y participación en los delitos de infracción del deber. De todas ellas, las que importan para este trabajo son las referidas a la coautoría y la autoría mediata. Respecto a la primera, Roxin considera que la coautoría solo será posible si todos los presuntos autores tienen el mismo deber especial y ofrece el ejemplo de los deberes de vigilancia de presos o de cuidado de cartas y paquetes, los cuales pueden estar confiados a varios funcionarios a la vez. En estos casos, si dichos funcionarios de mutuo acuerdo incumplen dichos deberes, serán coautores. No obstante, Roxin considera que aquí el dominio funcional del hecho debe ser dejado de lado por completo. Así, si de dichos funcionarios solo algunos tienen el dominio y otros no, la coautoría de todos no se verá alterada. Lo único que importará será sobre quién recae el deber.

En cuanto a la autoría mediata, Roxin (2016) también altera su tradicional estructura definida por el dominio sobre la voluntad. En los delitos de infracción del deber, si el hombre de atrás es sobre quien recae el deber (intraeus), será autor mediato incluso aunque el hombre de adelante no tenga el deber especial (extraneus) y este último será cómplice del delito de infracción del deber incluso aunque no se encuentre bajo las tradicionales situaciones de control de voluntad mediante error, coacción, etc. Lo único necesario para la autoría mediata del intraeus será que este deje al extraneus la ejecución del hecho, sin importar en absoluto si hay dominio de la voluntad. En el caso inverso de un extraneus que controla la voluntad de un intraeus (por ejemplo, mediante error inducido por engaño), aquel será instigador del delito de infracción del deber incluso aunque el intraeus quede impune por no haber actuado dolosamente y por no existir un tipo imprudente en el que se subsuma su acción. Esta solución quiebra la tradicional concepción de la accesoriedad limitada que exige como requisito de la participación que haya un autor de un hecho típico y antijurídico (hecho principal) y busca responder satisfactoriamente a los polémicos casos del instrumento doloso no

cualificado y el instrumento calificado no doloso. Estas consideraciones sobre la autoría mediata ponen nuevamente de manifiesto que para Roxin el único criterio relevante para diferenciar autores de partícipes en los delitos de infracción del deber es sobre quién recae el deber extrapenal y ya no el dominio del hecho.

La tesis de Jakobs (1997) se asemeja a la de Roxin en cuanto a que también clasifica los delitos según la existencia de ciertos deberes especiales, aunque su terminología y fundamentos son distintos. En primer lugar, Jakobs divide los delitos según el ámbito de competencia del autor. Para determinar qué le incumbe a cada persona, se debe atender a la posición jurídica que ocupa en la sociedad. De base, todas las personas tienen el deber de actuar (organizarse, en términos de Jakobs) sin dañar a los demás. Este deber es de carácter general y negativo porque ordena un no hacer (no dañar) y es la base de los denominados delitos de competencia por organización que, en la terminología de Roxin, vendrían a ser equivalentes a los delitos de dominio. Sin embargo, ciertas personas poseen un estatus especial por estar vinculadas a instituciones relevantes para la sociedad y que generan en el portador del deber la obligación adicional de velar activamente por la integridad de la institución. Estas instituciones son la relación paterno-filial y sus sustitutivas, el matrimonio, la confianza especial (en comunidades de peligro, por ejemplo) y los deberes genuinamente estatales, como los de los funcionarios públicos. A los delitos que protegen estas instituciones Jakobs los denomina delitos de competencia institucional e identifica como sus características esenciales que para determinar la autoría es, en principio, irrelevante la entidad material del aporte y pueden cometerse tanto por comisión como por omisión.

Hasta este punto pueden verse las semejanzas de Roxin y Jakobs en la importancia que le otorgan al dominio del hecho en los delitos de infracción del deber. Sin embargo, ambos autores difieren en otros puntos. En primer lugar, Jakobs (1997) no considera que todos los tipos penales en donde el círculo de autores posibles está limitado a ciertas personas constituyan delitos de infracción del deber. Este autor reserva dicha categoría exclusivamente a los delitos donde dicha delimitación al círculo de autores obedece a la existencia de un deber institucional. Si no hay una institución involucrada, se tratará sólo de un delito especial en el que regirá el dominio del hecho como criterio para determinar al autor. Caro John (2009) señala como ejemplo de estos delitos especiales al delito de apropiación indebida del artículo 190 de nuestro Código Penal, en el que el autor debe ser depositario, comisionista o administrador. En este caso, la limitación se basa en la obligación de estas personas de devolver el bien del que se hace uso, pero al no haber ninguna obligación positiva que tutele alguna institución, el delito no es de infracción del deber. En segundo lugar, mientras Roxin considera que el deber extrapenal sirve únicamente como criterio delimitador de la autoría, Jakobs lo considera el fundamento del injusto. Como señala Schünemann (2018), el sistema penal de Jakobs no se basa en una perspectiva teleológico-funcional de la pena como protectora de bienes jurídicos, sino que es más bien de corte formalista-hegeliano al considerar que el fin del derecho penal es conservar la vigencia de la norma mediante la pena. En esta concepción deontológica, la pena sería la negación de la negación inicial de la vigencia de la norma a través del delito. Con esta doble negación, se restablecería la vigencia cognitiva de la norma al momento de imponer la pena, sin ninguna consecuencia o efecto posterior. Por lo tanto, no es en la lesión de algún bien jurídico, sino en la lesión

del deber institucional en donde radica el fundamento del injusto y la imputación jurídico-penal.

Las consecuencias de la tesis de Jakobs (1997) en la estructura de la autoría mediata y la coautoría también se asemejan a las de Roxin, pero con algunas precisiones. Respecto de la autoría mediata, el autor la acepta expresamente a través del ejemplo de los padres que entregan a su hijo un medio para suicidarse. Como en ellos recae el deber institucional de la relación paternofamiliar, siempre responderán como autores (en este caso mediatos) de la muerte de su hijo, sin importar si hay o no un aporte material al hecho (comisión u omisión) ni la entidad del aporte (se elude la accesoriedad entendida como participación en sentido estricto). En otras palabras, el obligado institucional está siempre en relación directa con el bien, por lo que nunca será cómplice ni instigador, sino siempre autor. Curiosamente, los seguidores de Jakobs parecen considerar que el autor comete una imprecisión conceptual al mantener el término de autoría mediata y señalar al mismo tiempo que la relación del autor con el bien siempre es directa. Así, para Caro John (2009), la autoría mediata no es posible en los delitos de infracción de deberes institucionales cuando el hombre de adelante es intraneus y el de atrás extraneus, ni a la inversa, ni cuando ambos son intraneus, pues el obligado siempre responde como autor directo. En el caso de la coautoría, Jakobs no se pronuncia expresamente, pero Caro John también la rechaza, pues considera que el deber institucional es personal e independiente, sin importar si todos los intervinientes son intraneus o si el dominio funcional es compartido entre un intraneus y un extraneus. Así, cita el ejemplo de dos funcionarios obligados a custodiar caudales públicos que disponen sistemáticamente de ellos para provecho personal mediante un actuar conjunto de mutuo acuerdo. En este caso, el autor considera que por más que haya dominio funcional, ambos lesionan sus deberes de forma personal y por separado, por lo que deben responder como autores individuales. No existe una lesión común del deber institucional.

Finalmente, la tesis de Schünemann (2004) se aparta de las dos anteriores al rechazar el criterio de la infracción del deber para determinar la autoría. Este autor considera que definir la autoría como la infracción de un deber o afirmar que es autor el que es competente por el hecho son afirmaciones tautológicas basadas en razonamientos circulares superfluos y sin contenido material. Debe optarse, en cambio, por partir de la finalidad preventivo general de la pena y preguntarse a quién, desde un punto de vista lógico y de política criminal, corresponde tipificar como figura central del delito. Se debe determinar quién es aquel al que la norma debe buscar motivar con el fin de lograr la prevención y protección de los bienes jurídicos. Schünemann llega a la conclusión de que el autor ha de ser aquel que tiene el dominio sobre el fundamento del curso causal dañoso, denominado también dominio sobre el fundamento del resultado. Este dominio no debe ser entendido como el tradicional dominio del hecho defendido por Roxin, sino que se trata de un concepto (Schünemann le denomina concepto tipológico o *typus*) más amplio que fundamenta la autoría de todos los tipos penales dolosos a través de sus subtipos. Los dos subtipos son el dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro y el dominio de protección sobre un bien jurídico vulnerable y puesto en peligro. Respecto del primer subtipo, la fuente de peligro puede ser tanto una acción humana activa (aquí se aplica el dominio del hecho), como el dominio sobre una cosa peligrosa (Schünemann, 2018). Para el caso de los delitos especiales de funcionarios, el

fundamento de la autoría recae en el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, debido a la posición especial de poder que tiene el funcionario que deja al bien jurídico protegido a su merced y le otorga a aquel una posición de garante de protección del bien jurídico desamparado. De ahí que Schünemann denomina a los delitos especiales de funcionarios como delitos especiales de garante.

En cuanto a las consecuencias de la tesis de Schünemann (2018) para la coautoría y la autoría mediata, el autor, consecuentemente con su intención de proponer un sistema unificado de autoría, no encuentra motivos para rechazar la posibilidad de que el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico pueda estar en manos de múltiples personas que lo ejerzan conjuntamente. No obstante, dado que no se trata del dominio sobre el propio cuerpo sino sobre la vulnerabilidad del bien, Schünemann no define esta coautoría como dominio funcional del hecho, sino que basta con que haya dos o más personas con el mismo dominio sobre la vulnerabilidad que perpetren el hecho conjuntamente, incluso mediante omisión. Para admitir la autoría mediata tampoco existen mayores reparos, pues el poseedor del dominio sobre la vulnerabilidad del bien puede emplear a otros que carezcan de dominio como instrumentos para cometer el delito de forma mediata. No obstante, a diferencia de Roxin, Schünemann sí exige que el instrumento este bajo dominio de la voluntad.

Hecha la síntesis de las teorías de la autoría que más se aplican a los delitos de corrupción de funcionarios en nuestro país, corresponde determinar cuál es la más adecuada para el delito de peculado del artículo 387 de nuestro Código Penal. En concordancia con las conclusiones a las que llegué en el apartado donde traté sobre el bien jurídico protegido y rechacé las teorías del deber jurídico, considero que las tesis de Roxin y Jakobs no son adecuadas. El injusto del tipo penal de peculado no se fundamenta en la infracción de ningún deber extrapenal. El hecho de que exista algún deber en otra rama del ordenamiento que se infrinja con motivo del acto de peculado es solo un hecho anecdótico que se explica porque la rama penal no es el único medio por el que el Estado decide proteger el correcto funcionamiento de la administración y es normal, por ende, que existan otras ramas de ordenamiento que impongan deberes de comportamiento al funcionario. Además, que Roxin y Jakobs rechacen por completo el dominio del hecho en estos delitos genera el riesgo de que se afecte el principio de legalidad que exige que el autor realice la acción descrita en el tipo que presupone un dominio del hecho. Estos autores señalan que basta con infringir un deber, pero no refieren a qué deber concreto se refieren ni qué es lo que debe ocurrir en los hechos para que dicho deber se considere lesionado. Si en los hechos debe ocurrir la hipótesis descrita en el tipo, ambos autores llegan a una conclusión superflua: es autor aquel que realiza el tipo. En el caso de Jakobs, su teoría de la infracción de un deber institucional penal adolece del mismo problema, pues decir que es autor aquel que infringe el deber impuesto por el propio tipo penal es equivalente a decir que es autor de peculado aquel que infringe el tipo penal de peculado. Se llega así a un razonamiento circular inaceptable que en nada ayuda a desentrañar cómo debe entenderse la autoría en este delito.

Dicho esto, considero más aceptable la tesis de Schünemann, pues su método ontológico se opone frontalmente a un normativismo y formalismo que, como señalé supra, no solo son poco útiles para determinar fácticamente quién es al autor, sino que

resultan peligrosos para un derecho penal garantista basado en principios como el de legalidad y el de lesividad. Por ello, concuerdo con Chanján (2014) cuando afirma que el fundamento del delito de peculado radica en la especial vulnerabilidad del bien jurídico frente al autor descrito en el tipo dada la especial posición social de este último que le permite un acceso exclusivo a la lesión del bien jurídico. Montoya (2015) también adopta la tesis de Schünemann al sostener que la posición de garante en los delitos contra la administración pública se basa, más que en el estatus de funcionario, en el ejercicio material de las funciones derivadas de él a través de las cuáles el sujeto asume libremente la responsabilidad por el bien jurídico. Ello conlleva la exigencia de verificar siempre que haya habido un dominio efectivo sobre el fundamento del resultado.

En la jurisprudencia nacional, si bien prima la tesis de la infracción del deber ya sea según Roxin o Jakobs o una mezcla de ambas, existen algunas resoluciones que incorporan la tesis de Schünemann. Por ejemplo, el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004 señala en el acuerdo primero del tema 5 que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social respecto del bien jurídico tutelado. De manera similar, la sentencia casatoria N°503-2018-Madre de Dios de la Sala Penal Permanente del 5 de febrero de 2019 que versa sobre un delito de malversación de fondos, si bien recoge la tesis de Jakobs al identificar el delito como uno de infracción de deber institucional, también recoge ideas de la tesis de Schünemann al señalar que cuando un gobernador regional delega sus funciones, todavía conserva su posición de garante institucional y la subsecuente función de seguridad frente a riesgos para el patrimonio institucional, por lo que debe supervisar razonablemente al delegado.

Finalmente, respecto a la autoría mediata y la coautoría, las considero viables porque el artículo 23 del Código Penal no hace distinción en su aplicación según la clase de delito y porque son compatibles con la tesis de Schünemann. La coautoría será posible siempre que la función de administración, custodia o percepción les corresponda a varios funcionarios a la vez y podrá hacerse tanto en acción como en omisión. Solo será necesario el mutuo acuerdo y, en caso se quiera imputar comisión, todos deberán tener el dominio funcional del hecho mediante división de tareas. Respecto a la autoría mediata, será posible si el funcionario competente utiliza un instrumento, ya sea intraneus o extraneus, mediante el dominio de la voluntad. Los casos del instrumento doloso no cualificado y el instrumento cualificado no doloso no se presentan en la resolución bajo análisis, por lo que basta señalar que en estos casos tendría o bien que optarse por la impunidad dadas las deficiencias de la legislación por no prever estas situaciones y por la imposibilidad de aplicar analogía, o bien emplear una solución similar a la propuesta por Roxin mediante un nuevo entendimiento de la autoría mediata que prescindiera del dominio de la voluntad, aunque con un fundamento que no se base en la infracción del deber.

La consecuencia de estas consideraciones teóricas para el caso concreto consiste en la posibilidad de imputar a Alberto Fujimori ya sea como autor mediato o como coautor del delito de peculado, en lugar de solo como autor único. Considero que tanto las órdenes verbales que Fujimori dio al jefe oficial del SIN, Humberto Rozas Bonuccelli, al Ministro de Defensa Alberto Bergamino Cruz y al Comandante General del Ejército,

Guillermo Villanueva Ruesta para que siguieran los designios de Montesinos, como las quince resoluciones supremas que firmó aprobando los gastos secretos del SIN, son verdaderas conductas activas que, conjuntamente con las de los altos funcionarios mencionados anteriormente y el propio Vladimiro Montesinos, configuran el delito de peculado por coautoría, en la medida que todos estos funcionarios tenían el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico y actuaron de mutuo acuerdo mediante división de tareas. Por lo tanto, la Corte Suprema debió haber condenado a Fujimori como coautor del delito de peculado.

6. Conclusiones

Entre la vigencia de la norma y la protección de bienes jurídicos, solo esta última puede ser la verdadera finalidad del derecho penal en un estado constitucional, social y democrático de derecho. En una organización de esta naturaleza, cualquier limitación a los derechos fundamentales debe pasar por un riguroso examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para el cual se requiere de un sustrato material valioso que justifique una intervención tan intensa en la libertad individual como lo es la pena privativa de libertad. Solo el bien jurídico extraído de los principios y derechos constitucionales puede brindar dicho sustrato material y hacer así posible el control de legitimidad de las normas penales. La sola vigencia de la norma no será capaz de desempeñar esta función legitimadora y podría dar paso a un peligroso formalismo. Que el legislador haya positivizado el bien jurídico en el artículo IV del título preliminar del código penal confirma este parecer.

Acorde con lo anterior, antes que principios o deberes, el bien jurídico protegido por los delitos funcionariales es aquella situación valiosa denominada correcto funcionamiento de la administración pública, del que a su vez se puede extraer el bien jurídico concreto del delito de peculado, esto es, la correcta administración del patrimonio público. Esta última realidad digna de protección, por su propia naturaleza, solo podrá ser afectada por alguien que en virtud de su posición social particular este encargado de la administración del patrimonio público. He ahí el fundamento que explica por qué el delito de peculado solo puede ser cometido por un funcionario público funcionalmente vinculado a los caudales públicos que le son confiados.

El vínculo funcional del delito de peculado no precisa de una norma de rango infra legal como el reglamento o el manual de organización y funciones de alguna entidad estatal. Más bien, puede provenir de cualquiera de las normas del ordenamiento jurídico, lo cual incluye naturalmente a la suprema norma jurídica. Por lo tanto, el inciso 17 del artículo 118 de la Constitución establece la función del presidente de administrar la hacienda pública y se complementa con la Ley del Poder Ejecutivo y el Decreto Ley del Sistema de Inteligencia Nacional para precisarla. Estas últimas no podrían contradecir válidamente a la suprema norma jurídica, sino solo complementarla.

Al girar el derecho penal en torno a la protección de bienes jurídicos, el concepto de autoría en los delitos especiales de funcionarios debe pasar por responder a las siguientes interrogantes ¿cómo es que el legislador protege el correcto funcionamiento de la administración pública en esta particular clase de delitos? ¿cuál es la necesidad de limitar el círculo de autores? La respuesta más convincente es dada por la teoría del domino sobre el fundamento del resultado de Schünemann. Ella resalta como la

posición social especial del funcionario le da un acceso exclusivo a la vulnerabilidad del bien jurídico. Ningún particular se encuentra en dicha posición, por lo que resulta lógica y necesaria la delimitación del círculo de autores como requisito para que pueda configurarse el delito. Ello, empero, no significa que los deberes o principios que rigen el comportamiento del funcionario sean el objeto de protección, pues estos últimos solo serán presupuestos objetivos para la realización del tipo. Además, esta teoría permite asegurar la eventual aplicación de todas las formas de autoría, lo que la hace más fiel al artículo 23 del código penal peruano

Si la Corte Suprema hubiese aplicado nuestras conclusiones, tendría que haber condenado a Fujimori en calidad de coautor por el delito de peculado, dado que se encontraba vinculado funcionalmente al dinero transferido al SIN para fines ilícitos. Optar por la coautoría en lugar de la autoría mediata o la autoría en comisión por omisión se explica por todas las conductas activas que Fujimori realizó de mutuo acuerdo con Montesinos y los demás involucrados. Las órdenes verbales que dio constituyeron el ejercicio abusivo de su facultad de disponibilidad jurídica, complementada con la conducta activa de firmar quince resoluciones para concluir con el procedimiento de aprobación de los gastos secretos del SIN, también en ejercicio abusivo de sus facultades presidenciales.

7. Recomendaciones

Nuestros legisladores deberían modificar el artículo 23 del código penal añadiéndole una oración final que señale que las diferentes modalidades de autoría se aplican a todos los delitos sin distinción.

El Poder Judicial debería considerar seriamente establecer jurisprudencia vinculante que consagre a la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado como de aplicación obligatoria a todos los delitos.

Si bien la tesis de Schünemann es la más adecuada a nuestro ordenamiento, adolece de una respuesta satisfactoria para los casos del instrumento doloso no calificado y del instrumento calificado no doloso que la tesis de Roxin si era capaz de ofrecer. Por ello, el legislador debería realizar las modificaciones pertinentes para cubrir estos vacíos, ya sea mediante nuevos tipos penales o mediante la modificación de la autoría mediata y demás formas de participación en los delitos funcionariales.

8. Bibliografía

Abanto, M. A. (2003). Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra Editores.

Abanto, M. A. (2014). Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Grijley.

Cáceres, R. E. (2012). El delito de peculado. Aspectos sustantivos y procesales. Idemsa.

Caro, J. A. (2009). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción del deber. En J. Hurtado (Ed), Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal (pp. 87-106). Fondo Editorial PUCP.

Chanjan, R. H. (2014). La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional de la PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5647>

García, P. (2019). Derecho Penal. Parte General (3ra ed.). Ideas.

Hugo, J. B. (2021). Definición y estructura típica del delito de peculado (Art. 387 del CP). En A. C. Hanco & J. A. Paredes (Eds.), Delitos contra la Administración Pública (Tomo 2, pp. 293-315). Grijley.

Hurtado, J. & Prado, V. (2011). Manual de Derecho Penal. Parte General (4ta ed. Vol. 1). Idemsa.

Jakobs, G. (1997). Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (J. Cuello & J. L. Serrano, Trad., 2da ed.). Marcial Ponds. (Obra original publicada en 1991).

Llamoja, G. F. (2021). Peculado doloso. Configuración del tipo subjetivo del delito de peculado doloso a partir de una concepción normativo-objetiva del dolo. En A. C. Hanco & J. A. Paredes (Eds.), Delitos contra la Administración Pública (Tomo 2, pp. 317-351). Grijley.

Meini, I. (2014). Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito. Fondo Editorial PUCP.

Mendoza, F. C. & Mendoza, D. (2021). Formalismos y los “diarios chicha”. Los Límites de la teoría de la infracción del deber extrapenal y el fundamento material de la autoría. En A. C. Hanco & J. A. Paredes (Eds.), Delitos contra la Administración Pública (Tomo 1, pp. 221-239). Grijley.

Mir Puig, S. (2004). Derecho Penal. Parte General (7ma ed.). BdeF.

Montoya, Y. (2015). Manual sobre delitos contra la administración pública (E. Guimaray, Y. Novoa, J. Rodríguez & D. Torres, Inv.). Open Society Foundations; idehpucp. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110641>

Peña Cabrera, A. (2021). Delitos contra la administración pública. Lex & Iuris.

Roca de Agapito, L. (2013). El delito de peculado en España y Perú. En F. R. Heydegger & J. C. Atahumán (Eds.), Delitos contra la administración pública (pp. 405-434). Idemsa.

Rojas, F. (2021). Delitos contra la Administración Pública (5ta ed., Vol. 1). Gaceta Jurídica.

Roxin, C. (2016). Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal (J. Cuello & J. L. Serrano, Trad., 9na ed.). Marcial Ponds. (Obra original publicada en 2015).

Salinas, R. (2019). Delitos contra la administración pública (5ta ed.). Iustitia.

Schünemann, B. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Revista de derecho penal y

criminología de la Universidad del Externado de Colombia, N°75, vol. 25, 13–25.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037/981>

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

Ugaz, J. & Ugaz, C. (2021). Corrupción y delito en la función pública. Gaceta Jurídica.

Villavicencio, F. A. (2006). Derecho Penal Parte General. Grijley.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N.N° 615- 2015
LIMA

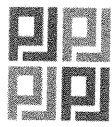
Sumilla: El tipo penal de peculado hace referencia a un funcionario público no *in abstracto*, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública "por razón de su cargo"; es decir, para que opere el comportamiento típico de *apropiarse* o *utilizar*, los bienes públicos objeto del delito 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 30-2001/1SPE/CSJL, a favor del Estado.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N.N° 615- 2015
LIMA

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



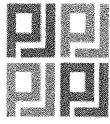
denominados "Diarios Chicha", y falta de justificación de las premisas "activa participación en las actividades del SIN" por parte del procesado y su "presencia casi permanente en sus instalaciones"; y, **iii)** vulneración del derecho a probar, pues se omitió valorar la transcripción del video N° 1792, 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



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 615- 2015
LIMA

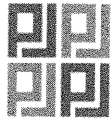
Madre", en el que se condenó a sus coprocesados Vladimiro Montesinos y otros; por lo que, la reparación civil que deberá pagar el condenado debe ser a título personal.

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 Anclas, 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



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 615- 2015
LIMA

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-



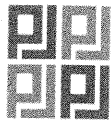
PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. Nº 615- 2015
LIMA

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 resultados 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



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

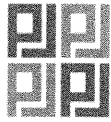
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N.Nº 615- 2015
LIMA

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



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N.N° 615- 2015
LIMA

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 387° 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 (...)"*.



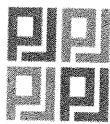
En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas¹. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados -en este caso, de funcionarios y servidores 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 institucionalmente². 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 organización³.

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

¹ 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.

²² *Ibidem*.

³ 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 otro⁴.

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

⁴ 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



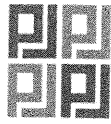
otros). Dicha posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos, o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional⁵. En esa misma línea, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, del treinta de setiembre de dos mil 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,

⁵Vid. 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.

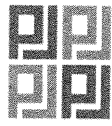
2. **Administración.** Implica la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. La administración de los caudales públicos por parte del autor tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas o mediatas con el caudal, 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 pliego⁶.
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.

⁶ 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-⁷.

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.

⁷ 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

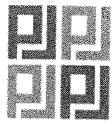
El delito de peculado al ser catalogado como un delito de infracción de deber, sólo admite la autoría directa o personal, excluyéndose las otras dos formas de autoría (coautoría y autoría mediata), en correspondencia con su naturaleza de delito de infracción de un deber institucional personalísimo⁸.

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 *intraanei*, ni cuando un *intraneus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico"⁹. 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

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

⁹ Vid. Caro John, José Antonio, *Autoría y participación: los grados de intervención delictiva*. En Revista el Derecho Penal y procesal penal hoy, N° 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"¹⁰. 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]¹¹ concretizó la imputación en el análisis de dos hechos controvertidos: **I)** Si el encausado Fujimori Fujimori, en su calidad de

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

¹¹ Véase fojas 11051, Tomo 23.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 615- 2015
LIMA

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

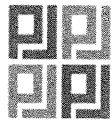


fojas 10141(...); y lo segundo, está acreditado con su responsabilidad directa en el control del presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional destinado al Régimen de Ejecución Especial -gastos de carácter reservado o secreto- que fue objeto de la apropiación; competencia funcional que también ejerció 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.**

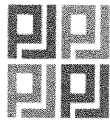
3.2. DE LA NO CONFIGURACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS TÍPICOS DEL DELITO DE PECULADO ATRIBUIDO AL ENCAUSADO FUJIMORI FUJIMORI

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**”¹²; 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”.

¹² 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”¹³, el Reglamento de Organización y Funciones-ROF¹⁴ y el Manual de Organización y Funciones-MOF¹⁵, 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.

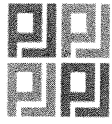
Por el contrario, de la referida ley [Decreto Ley N° 25635] se desprende que el jefe del SIN es la máxima autoridad del Sistema de Inteligencia Nacional, encargado de dirigirlo y representarlo. Además, como Órgano Central del Sistema de Inteligencia Nacional constituye un sector presupuestario, cuyo titular del pliego es el Jefe de Servicio de Inteligencia¹⁶, más aún si éste aprueba el presupuesto del sector.

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

¹⁴ 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).

¹⁵ 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).

¹⁶ 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 SIN¹⁷.

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

¹⁷ 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.

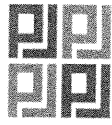
De la declaración anterior y las normas del sector se concluye que la obligación especial "por razón del cargo", de administrar y custodiar los fondos públicos asignados al SIN, corresponde al Director de la Oficina Técnica Administrativa del Servicio de Inteligencia Nacional, pues en este funcionario 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°560¹⁸], 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

¹⁸ 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**¹⁹, 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

¹⁹ 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 señalaron²⁰:

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.

²⁰ 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.*

(...)

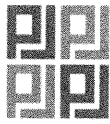
Montesino Torres: (...)

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**²¹, 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

²¹ Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 15. Sesión Nº 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 personal²² 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

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

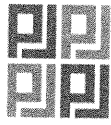


superado aquellos tiempos en los que una persona tenía que responder penalmente por acciones de otro, no habiendo intervenido, ni conocido la comisión del hecho, o en los que la responsabilidad y el castigo se extendían a toda la tribu o la familia del delincuente [responsabilidad tribal o colectiva]²³, 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]²⁴ 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

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

²⁴ 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.



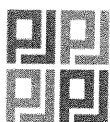
3.3 VALORACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA SOBRE LA PRESUNTA ORDEN DADA POR EL ENCAUSADO FUJIMORI FUJIMORI PARA EL PAGO A LOS DENOMINADOS “DIARIOS CHICHA”

La sentencia recurrida en el punto 5.4. II [página cuarenta y tres de la citada resolución]²⁵ 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 Vásquez²⁶, 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

²⁵ Vid. Tomo 23, a fojas 1054.

²⁶ Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 15. Sesión N° 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 transferencia 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 Ruesta²⁷, 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,²⁸ quien ante el plenario señaló que "en abril de 1999 hasta noviembre del año 2000 fue nombrado

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

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



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

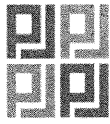
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 615- 2015
LIMA

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,²⁹ 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**

²⁹ 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.

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 Candela³⁰, 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 Viera³¹**, 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**

³⁰ Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 16, Sesión N° 21, fojas 6934.

³¹ Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 16, Sesión N° 12, fojas 6418.



*dentro iba varios documentos y supone que también iban los titulares de los "Diarios Chicha". Asimismo, **Matilde Pinchi Pinchi**³², 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**³³ 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*

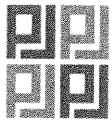
³² Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Tomo 18, Sesión Nº 29, fojas 8111

³³ 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**³⁴, 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 (...)**".

³⁴ Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 16, Sesión N° 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 incriminador³⁵. 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

³⁵ 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 numero 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 doctrina³⁶ 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]³⁷ 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:

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

³⁷ 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, jodiendonos 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



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 615- 2015
LIMA

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, uno 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



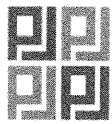
que dicha instrumental fue admitida, actuada y sometida al contradictorio en el acto de juicio oral -véase sesión de audiencia N° 44 a fojas 10116-, circunstancia que acarrearía nulidad por carecer de una debida motivación; no obstante, conforme se señala en la Resolución Administrativa N° 002-2014-CE-PJ, 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**³⁸, 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.

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

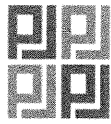


PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N.º 615- 2015
LIMA

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:**



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 615- 2015
LIMA

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 ISPE/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