

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

**Análisis del elemento “por razón del cargo” en el delito de peculado doloso y su
tratamiento en los casos “Quince Millones” y “Diarios Chicha”**

**Trabajo Académico para optar el Título de Segunda Especialidad en Prevención
y Control de la Corrupción**

Autor

Jorge Manuel Cueva Arana

Asesor

Daniel Simón Quispe Meza

Lima, 2021

Resumen: El presente artículo gira alrededor del elemento “por razón del cargo” del delito de peculado. Sobre él, el autor define sus alcances e implicancias a partir de los aportes realizados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, no sin antes presentar un panorama general acerca de cada uno de los componentes objetivos y subjetivos que estructuran la tipicidad de dicho injusto. Es precisamente en ese trayecto que se traslucen las razones por la que este elemento normativo es considerado, sino como el más, como uno de los más importantes del delito de peculado. A continuación, se comentan dos sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia en relación con los procesos seguidos contra el expresidente Alberto Fujimori como presunto autor del delito de peculado doloso por apropiación en los sonados casos “Quince Millones” y “Diarios Chicha”. Sin embargo, como subraya el autor, la forma en que el elemento “por razón del cargo” fue aplicado en uno y otro caso fue disímil, cuando no contradictoria, pese a la similitud de la imputación fáctica. Sobre esa base, el autor argumenta su adhesión a la sentencia que resolvió condenar al exmandatario y su discrepancia respecto a la que lo absolvió. Con todo, el presente trabajo demuestra el decisivo papel que juega este complejo elemento normativo a la hora de definir la responsabilidad jurídico-penal de una persona.

Palabras clave: delitos contra la administración pública, corrupción de funcionarios, peculado doloso por apropiación, relación funcionarial específica, elemento “por razón del cargo”, casos “Quince Millones” y “Diarios Chicha”, Alberto Fujimori

Abstract: This article revolves around the element "by reason of the charge" of the crime of embezzlement. About it, the author defines its scope and implications based on the contributions made by national doctrine and jurisprudence, but not before presenting a general panorama about each of the objective and subjective components that structure the typicality of said unfair. It is precisely in this path that the reasons why this normative element is considered, if not the most, as one of the most important of the crime of embezzlement, emerge. Next, two judgments issued by the Supreme Court of Justice are discussed in relation to the proceedings against former President Alberto Fujimori as the alleged perpetrator of the crime of intentional embezzlement by appropriation in the so-called “Quince Millones” and “Diarios Chicha” cases. However, as the author emphasizes, the way in which the element "by reason of the position" was applied in both cases was dissimilar, if not contradictory, despite the similarity of the factual accusation. On that basis, the author argues his adherence to the sentence that decided to convict the

former president and his discrepancy with respect to which he acquitted him. However, the present work demonstrates the decisive role that this complex normative element plays when defining the legal-criminal responsibility of a person.

Key words: crimes against public administration, corruption of officials, malicious embezzlement due to appropriation, specific civil servant relationship, element "by reason of the position", "Fifteen Million" and "Chicha Diaries" cases, Alberto Fujimori

Índice

Introducción	1
I. Apuntes preliminares acerca del tipo penal de peculado doloso	2
1. Acerca del bien jurídico específico protegido	2
2. Sobre los sujetos activo y pasivo en la relación delictiva	3
3. La apropiación y la utilización como formas de realización del hecho punible	4
4. Los caudales o efectos como objetos materiales del delito	5
5. Tipicidad subjetiva	6
II. El elemento “por razón del cargo” en el delito de peculado doloso	7
1. Cuestión previa	7
2. Análisis dogmático del elemento “por razón del cargo” previsto en el primer párrafo del artículo 387 del CP	7
III. Análisis del elemento “por razón del cargo” en las sentencias de los casos “Quince Millones” y “Diarios Chicha”	11
1. El elemento “por razón del cargo” y su tratamiento en el caso “Quince Millones”	12
2. El elemento “por razón del cargo” y su tratamiento en el caso “Diarios Chicha”	13
3. Toma de postura	16
Conclusiones	19
Bibliografía	20

Introducción

Tal como se enuncia en el epígrafe del presente trabajo académico, el elemento “por razón de cargo” en el delito de peculado doloso y el tratamiento que este mereció en las sentencias de los casos “Quince Millones” y “Diarios Chicha” son nuestros dos principales temas materia de estudio. Se procura, así, combinar teoría y práctica, doctrina y casuística, dos enfoques imposibles de tratar aisladamente considerando que ofrecer soluciones justas a controversias que acaecen en el mundo real es la finalidad última que cumple el Derecho.

En consonancia con esa propuesta, el primer capítulo tiene como propósito acercar al lector a la estructura típica del delito de peculado doloso, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal de 1991 (CP). Bien jurídico protegido, sujetos de la relación delictiva y comportamiento típico son algunos de los tópicos que se tratan con el fin de sentar las bases de lo que enseguida se desarrolla.

Por su parte, en el segundo capítulo se analiza el contenido, alcances e implicancias del elemento “por razón del cargo”, previo a lo cual se presentan algunas referencias vinculadas a su historia en la legislación nacional y a sus paralelos en la legislación comparada. Todo ello con apoyo en los aportes de diversos juristas de nuestro medio y de una sentencia casatoria emitida por la Corte Suprema de Justicia en 2016. En esta segunda parte, además, se presentan algunas ideas personales que perfilan el contenido normativo del elemento en cuestión.

Finalmente, el tercer capítulo comprende la explicación de los antecedentes fácticos que hicieron posible el procesamiento de Alberto Fujimori como presunto autor de peculado doloso por apropiación en los casos “Quince Millones” y “Diarios Chicha”. Luego, se expone nuestra postura respecto a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en cada caso y al tratamiento que se brindó al elemento “por razón del cargo”, mostrando nuestras coincidencias y discrepancias. Culminamos con la presentación de nuestras conclusiones.

I. Apuntes preliminares acerca del tipo penal de peculado doloso

El peculado es un delito funcional tipificado en el artículo 387 del Código Penal de 1991 (CP) y que, junto con el cohecho, destaca por ser el que con mayor frecuencia se comete en agravio del Estado (Chanjan, Solís, Puchuri, 2018, pp. 17 y s.). Asimismo, otra de sus características que lo vuelve un injusto singular es la de ser el único tipo penal contra la administración pública al cual el legislador reconoce una modalidad dolosa y otra culposa, aunque, ciertamente, es la primera de ellas la forma más reiterativa de su configuración según lo dado a conocer por la Defensoría del Pueblo (2014, p. 52). En atención a ello y a los temas que se desarrollan en lo posterior, encontramos conveniente circunscribir la introducción que a continuación se presenta al delito de peculado única y exclusivamente en su modalidad dolosa.

1. Acerca del bien jurídico específico protegido

Debido a sus funciones sistemática, interpretativa, valorativa, de garantía y de medición de pena (Rosada y Martínez, 2020, p. 5), la definición del bien jurídico protegido por los tipos penales deviene en una tarea de suma importancia. En el caso de los denominados delitos comunes es frecuente la identificación de un solo tipo de bien jurídico tutelado. No ocurre lo mismo, sin embargo, en los llamados delitos contra la administración pública, pues estos se caracterizan, entre otras cosas, por proteger un bien jurídico general, común a todos los tipos penales, y un bien jurídico específico, objeto del bien jurídico general directamente atacado (Abanto, 2003, p. 18).

En efecto, un amplio sector de nuestra doctrina y jurisprudencia coincide en que el bien jurídico general protegido en esta clase de delitos es siempre el regular funcionamiento de la administración pública, concretamente el correcto desempeño de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les encarga para materializar el fin prestacional constitucional del Estado (Montoya, 2015, pp. 35 y s.).

En cambio, la identificación del bien jurídico específico en los delitos funcionales se encuentra sujeta a lo establecido por cada tipo penal. Así, en el caso del peculado, la doctrina ha aportado hasta cuatro teorías, a saber: la de la infracción de

deberes funcionariales específicos, la patrimonialista tradicional, la patrimonialista funcionalista y la pluriofensiva (Chanjan, 2014, pp. 51 y ss.). De todas estas, ha sido la última la acogida por nuestra Corte Suprema de Justicia cuando refiere, en el Acuerdo Plenario 4-2005/CIJ-116, que con el peculado busca protegerse la no lesividad de los intereses patrimoniales del Estado y, además, el no quebrantamiento de los deberes de lealtad y probidad inherentes al funcionario o servidor público (fundamento 6).

No obstante, discrepando con lo expresado por la máxima instancia del Poder Judicial, coincidimos con ABANTO (2003) cuando señala que el bien jurídico específico protegido es el patrimonio de la administración pública entendido de manera funcional, esto es, tomando en consideración su finalidad de servir al interés público (p. 333). De allí la razón de proteger en forma diferenciada el patrimonio público del particular. Resta añadir que nuestra inclinación a favor de esta teoría se apoya también en que la infracción de los deberes de lealtad y probidad resulta ser, en realidad, un elemento más del tipo penal, mas no el bien jurídico específico (Abanto, 2003, p. 333). Veamos a continuación las características de los sujetos activo y pasivo de la relación delictiva.

2. Sobre los sujetos activo y pasivo en la relación delictiva

Mientras que algunos delitos contra la administración pública son pasibles de ser cometidos por particulares¹, el peculado solo lo puede ser por personas que ostenten el estatus de funcionario o servidor público. Desde esta perspectiva, el delito de peculado se erige como un delito especial, pues formalmente la órbita de la autoría se halla restringida a ciertos sujetos cualificados; pero, al mismo tiempo, constituye un delito de infracción de deber, lo cual implica que para ser autor no basta con ejercer dominio sobre el riesgo típico, sino infringir un deber asegurado institucionalmente y que afecta solo al titular de un determinado rol especial (Alcócer Povis, 2005, p. 3).

Sobre quién es funcionario o servidor público a efectos penales, es menester recordar que, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos como el laboral,

¹ Es el caso, verbigracia, de los delitos de cohecho activo genérico y tráfico de influencias.

constitucional o administrativo, el Derecho penal posee una concepción autónoma y amplia para la cual resulta suficiente con que el sujeto público haya sido incorporado de manera heterónoma a la función estatal y, además, cuente con la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público que se le ha asignado (Montoya, 2015, pp. 39 y ss.). El artículo 425 del CP, en concordancia con lo establecido en los tratados internacionales anticorrupción suscritos por el Perú², así lo avala.

Pero además de la condición de funcionario o servidor público, el delito de peculado se distingue por precisar que el sujeto activo, por razón de su cargo, sea titular de deberes de administración, percepción o custodia sobre determinados caudales o efectos. Luego, el círculo de posibles autores se ve aún más restringido. Por el momento, no nos explayamos más sobre el particular al ser parte del tema central del presente trabajo, postergando su desarrollo para los siguientes capítulos.

En lo tocante al sujeto pasivo, basta con señalar que este es siempre el Estado, pues el peculado es un delito que, de modo general, perturba el correcto funcionamiento de la administración pública y, de modo específico, incide negativamente en el erario público. Ello sin perjuicio de que, desde una mirada procesal, sea la entidad pública titular del patrimonio afectado la facultada para reclamar y cobrar la reparación civil correspondiente. A continuación, explicamos lo concerniente a las conductas típicas del delito de peculado doloso.

3. La apropiación y la utilización como formas de realización del hecho punible

Conforme prescribe el primer párrafo del artículo 387 del CP, el delito de peculado doloso puede cometerse tanto por *apropiación* cuanto por *utilización*. De esta forma, apunta ROJAS (2003), el legislador peruano ha optado por marcar distancia de aquellas legislaciones extranjeras que recogen los verbos rectores *sustraer*, *procurar* y *hurtar* (p. 489).

² Nos referimos a la Convención Interamericana contra la Corrupción, artículo 1, y a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 2.

Sobre qué debe entenderse por *apropiación*, la Corte Suprema de Justicia (2005) refiere que esta modalidad comisiva se verifica cuando el funcionario o servidor público hace suyos los caudales o efectos que le han sido confiados en administración, percepción o custodia por razón de su cargo, apartándolos de la esfera pública y colocándolos bajo su dominio (fundamento 7). Es decir, para que haya *apropiación* no basta con que el agente *sustraiga* o se *apodere* del patrimonio del Estado, es preciso además el despliegue de un uso propio de quien es dueño (Abanto, 2003, p. 341). Así, cuando un servidor público extrae de un almacén las donaciones que por razón de su cargo le fue encomendado percibir y custodiar para posteriormente rematarlas a un amigo comerciante suyo, será en este último momento, cuando dispone de ellas como si fuera dueño, cuando el delito de peculado por *apropiación* se configura.

De otro lado, el peculado por *utilización* cubre aquellos supuestos en los que el agente tan solo utiliza temporalmente el bien público con el fin de obtener un provecho de sus bondades y no para disponer de él como propietario (Rojas, 2007, p. 491). Es decir, utilizar importa separar el bien de la esfera pública y darle una aplicación privada temporal, siempre que no se trate, claro está, de dinero o bienes consumibles, pues en estos casos la conducta será de *apropiación* (Abanto, 2003, p. 344). Por lo demás, no está de más mencionar que, en los casos en que la distinción entre *apropiación* y *utilización* sea poco nítida, el criterio decisor para optar por una u otra modalidad deberá ser el factor subjetivo que rigió la conducta del agente, esto es, si lo que buscaba era adueñarse del bien o solo aprovecharse transitoriamente de él.

4. Los caudales o efectos como objetos materiales del delito

Para referirse al objeto material del delito de peculado, el legislador hizo suyos los términos caudales y efectos, ambos provenientes de las legislaciones francesa e italiana (Abanto, 2003, p. 347). Por los primeros, la Corte Suprema de Justicia (2005) entiende todo bien en general de contenido económico, mientras que, por los segundos, todo objeto, cosa o bien que representa un valor patrimonial público, incluidos los títulos valores negociables (p. 13).

Cabe precisar, como nos lo recuerda ROJAS (2003), que, en tanto el verbo rector empleado por el legislador es *apropiar* y no *sustraer*, cabe dar por aceptado que el concepto de caudales incluye, además de los bienes muebles, a los inmuebles (p. 498). Luego, creemos que, en lugar de *caudales* y *efectos*, hubiese sido ideal que el legislador escogiese un término unívoco y lo suficientemente inclusivo como el de *bienes* (Hugo y Huarcaya, 2018, p. 206).

Algunos otros aspectos vinculados a este tema son los tratados, a nuestro juicio con acierto, por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CIJ-116, en el cual se indicó, por un lado, que el patrimonio público no solo comprende a bienes que son íntegramente estatales, sino también a aquellos que lo son en forma parcial o que, siendo de propiedad privada, se hallan bajo dominio o posesión del Estado (fundamento 17) y, por otro lado, que la relación entre el agente y el bien público no tiene que ser necesariamente material y directa, siendo suficiente con que el sujeto activo tenga la llamada “disponibilidad jurídica”, es decir, la posibilidad de disponer libremente del caudal o efecto en virtud a lo establecido por la ley (fundamento 6). Sin embargo, como se dijo, sobre el particular volveremos más adelante.

5. Tipicidad subjetiva

Por último, la modalidad delictiva tipificada en el primer párrafo del artículo 387 es de carácter estrictamente doloso, lo cual significa que el autor de peculado debe conocer que con su conducta realiza los elementos objetivos del tipo penal o, lo que es lo mismo, que el agente es consciente de que crea el riesgo jurídico-penal desaprobado y reprimido por el tipo.

Hecha esta introducción a los componentes que estructuran el tipo penal de peculado doloso, pasemos, ahora sí, a abordar los alcances del elemento “por razón del cargo” a partir de lo establecido por la doctrina y por la Corte Suprema de Justicia en 2016.

II. El elemento “por razón del cargo” en el delito de peculado doloso

El presente capítulo tiene como objetivo definir el contenido del elemento “por razón del cargo” recogido en el tipo penal de peculado doloso. Para tal fin, iniciaremos con una cuestión previa sobre los antecedentes del citado elemento en la historia de nuestra legislación penal y los ordenamientos legales foráneos que también lo contemplan. A continuación, se escudriña su contenido y sus alcances con base en lo aportado por la doctrina y un reciente caso de la práctica penal.

1. Cuestión previa

En la historia de la legislación jurídico-penal peruana, el elemento “por razón del cargo” no siempre ha formado parte del tipo penal de peculado doloso. Al respecto, HUGO (2016) refiere que el delito de peculado fue tipificado por primera vez, sin incluir dicho elemento, en los artículos 195 y 196 del código penal de 1863, bajo el rótulo de “malversación de caudales públicos” (p. 249). Fue recién con el artículo 346 del código penal de 1924, añade el citado autor, que por vez primera se incorporó en dicho delito el elemento “por razón del cargo” (p. 249 y s.). De esta manera, es este último el único antecedente en nuestra historia legislativa al que responde la tipificación actual del delito de peculado en el primer párrafo del artículo 387 del código penal de 1991, cuyo texto es, en lo esencial, una reproducción de aquel.

En el plano de la legislación comparada, la mayoría de códigos penales latinoamericanos recoge expresamente el elemento “por razón del cargo”. Para citar algunos de los ejemplos propuestos por ROJAS (2007), están los casos de Argentina (art. 261), Uruguay (art. 153) y Brasil (art. 312) (p. 518 y ss.). España también se inscribe en la misma tendencia (art. 432). Por su parte, otras legislaciones han acudido a otros términos para referirse, en el fondo, a lo mismo. Basta con traer a colación los códigos penales boliviano (art. 142), italiano (art. 314) y francés (art. 169), en cuyos tipos penales se emplean las frases “se hallare encargado”, “por razón de su oficio o servicio” y “en virtud de sus funciones”, respectivamente (Rojas, 2007, p. 520 y s.).

2. Análisis dogmático del elemento “por razón del cargo” previsto en el primer párrafo del artículo 387 del CP

Como se adelantó, el delito de peculado doloso es uno de infracción de deber, lo cual significa, en términos prácticos, que solo podrá ser autor el funcionario o servidor público que lleve a cabo la conducta punible infringiendo un deber extrapenal. A *contrario sensu*, cualquier otro sujeto, incapaz de quebrantar tales deberes, incluso si se trata de un funcionario o servidor público que ejerció dominio sobre el hecho, solo podrá responder penalmente a título de partícipe, bien como cómplice bien como instigador. Vale subrayar que la teoría de infracción de deber, postulada por Claus Roxin para superar las limitaciones de la teoría del dominio del hecho en esta clase de delitos, ha sido acogida por un amplio tanto de nuestra doctrina como jurisprudencia, la cual converge con la unidad del título de imputación recogida en el actual artículo 25 del CP.

En efecto, el delito de peculado no solo requiere que el autor ostente el estatus de funcionario o servidor público, sino que exista un quebranto de la confianza o vínculo que une al funcionario con los caudales o efectos encomendados a su esfera de custodia (Peña, 2010, p. 350). De allí que el peculado sea, en el fondo, un delito especialísimo, pues para cometerlo no basta con ser sujeto público, es preciso además gozar de la facultad funcional de administrar, custodiar o recaudar los fondos públicos objeto de apropiación o utilización (Salinas, 2018, p. 97).

En efecto, según el primer párrafo del artículo 387 del CP la apropiación o utilización debe recaer sobre caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia han sido encomendadas al funcionario o servidor público “por razón de su cargo”. Con este último elemento el tipo penal se refiere a la vinculación funcional acabada de aludir, la cual encierra deberes de vigilancia y custodia que el agente ha de observar sobre uno o más bienes públicos.

Ahora bien, respecto a la naturaleza del elemento, esta es eminentemente normativa, lo cual importa que van a ser las normas extrapenales las que determinen que el funcionario o servidor público la responsabilidad, en virtud al puesto que ocupa en la administración pública, de administrar, custodiar o percibir tal o cual bien público. Es el caso de la Constitución, una ley o un reglamento, aunque nada obsta para que la orden dictada por autoridad competente o la costumbre puedan

fungir de fuentes y cubrir excepcionalmente posibles vacíos normativos, siempre que ello no se encuentre proscrito por el ordenamiento jurídico (Abanto, 2003, p. 340).

Ahora bien, dicha vinculación funcional puede estar regulada en el ordenamiento jurídico ya en términos genéricos ya en términos específicos (Hugo y Huarcaya, 2018, p. 213). Para graficarlo con un par de ejemplos, el presidente de un gobierno regional es titular de un deber de administración en tanto la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, establece como una de sus atribuciones el “administrar los bienes y las rentas del Gobierno Regional”. Lo propio cabrá predicar de un funcionario o servidor público en el caso que el Manual de Organización y Funciones (MOF) o el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la entidad para la que labora le impongan un deber de percepción a través de una fórmula legal detallada, indicando, por ejemplo, la fuente, los bienes y los montos mínimos o máximos que habrá de recibir como parte de sus funciones.

Desde nuestra perspectiva, entonces, la clave en la comprensión y subsiguiente aplicación del elemento “por razón del cargo” reside en que el operador jurídico constate que el ordenamiento jurídico establezca en el agente el deber de administrar, percibir o custodiar un determinado bien que, por razón de su cargo, se le ha confiado funcionalmente, ello con independencia de si la fórmula legal empleada por la norma se encuentra redactada en términos genéricos o específicos. Lo central, subrayamos, es que el agente sea titular de alguno de dichos deberes y que lo infrinja en la realización de la conducta típica. Esta visión es, asimismo, la más conveniente si es que se tiene en cuenta lo contraproducente que resultaría exigir que el Derecho haya regulado con sumo detalle y precisión cada situación o escenario en que la apropiación de fondos estatales podría acontecer, pues precisamente quienes ocupan los altos estamentos de las entidades públicas tienen reguladas sus funciones en sentido amplio o genérico, lo cual, pues, daría motivos para que aduzcan su falta de responsabilidad penal.

Vale la pena agregar que cuando el tipo penal refiere que la apropiación o utilización deben acontecer “en razón del cargo” alude a que la materialidad típica de la acción debe ser el resultado del abuso que comete el autor de sus atribuciones de administrador, perceptor o custodio, no siendo suficiente con que haya actuado

simplemente con ocasión del cargo (Peña, 2010, p. 351). Por tanto, si el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza el patrimonio del Estado no es titular de alguno de los deberes típicos o, si lo es, no actúa aprovechándose de su cargo, entonces, solo será factible imputarle la comisión de un delito común como hurto, robo o apropiación ilícita, según corresponda (Rojas, 2007, p. 485).

Finalmente, para concluir con el presente apartado y complementar lo acabado de desarrollar, vamos a referirnos al tratamiento que mereció el elemento “por razón de cargo” en la sentencia de casación N° 131-2016-Callao, la cual grafica con claridad cómo es que la existencia o ausencia de este elemento normativo puede incidir decisivamente en la declaratoria de inocencia o culpabilidad de un imputado. Veamos.

Martín Miguel Mariño Vigo, director de aviación de la Policía Nacional del Perú, fue acusado de haber alquilado la cancha sintética de fútbol de su institución, la cual se encontraba ubicada en la Av. Elmer Faucett N° 3900, en la provincia constitucional del Callao, en el periodo comprendido entre el 20 de marzo de 2012 al 26 de marzo de 2013. Para tal efecto, el acusado habría delegado facultades a su coimputado Cantalio Alejandro Jiménez Meza, para que este arrendase el espacio a particulares y, además, cobrase el dinero correspondiente. En mérito a ello, el acusado fue condenado en primera instancia como autor del delito de peculado, decisión que fue confirmada en vía de apelación y que, finalmente, fue objeto de recurso de casación.

Tras referirse a la relación funcional que debe vincular al agente y al objeto material del delito, la Corte Supremo subrayó que la sentencia vista no había especificado la fuente jurídica que atribuía al encausado el deber de administrar o custodiar la cancha de futbol sintética de su institución. Y es que, como pudo advertir luego la Sala Suprema, ni el Manual de Organización y Funciones (MOF) ni el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Dirección de Aviación de la Policía Nacional del Perú contemplaban que Martín Miguel Mariño Vigo fuera titular de alguno de tales deberes.

Por esa razón, la Corte Suprema declaró que, a pesar del material probatorio que permitía inferir que el acusado había dispuesto efectivamente el

arrendamiento de la cancha de fútbol sintética a través de su coimputado, no menos cierto era que no hubo una relación funcional de administración, percepción ni custodia que hiciera posible imputarle responsabilidad como autor del delito de peculado. En suma, los cargos atribuidos eran atípicos, motivo por el que se decidió absolver a Martín Miguel Mariño Vigo.

Con esta sentencia, además de contribuir al esclarecimiento del contenido normativo del elemento “por razón del cargo”, la Corte Suprema puso en evidencia el importante papel que este elemento desempeña en la determinación de inocencia o culpabilidad de un inculpado. Como venimos destacando reiteradamente, por más que haya habido apropiación o utilización de caudales o efectos públicos, no será factible sancionar a una persona por peculado doloso si es que antes no se determina la infracción de un deber de administración, percepción o custodia de que era titular por razón de su cargo y lo dispuesto por la ley.

Habiendo dilucidado el contenido normativo del elemento “por razón del cargo” y su impacto en la decisión de absolver o condenar a un acusado, pasemos a comentar y a tomar postura respecto de dos sentencias paradigmáticas de nuestra jurisprudencia nacional que, teniendo como trasfondo hechos similares, arribaron a soluciones antagónicas. Nos referimos a los sonados casos “Diarios Chicha” y “Quince Millones”, en los cuales se imputó al expresidente Alberto Fujimori la comisión del delito de peculado doloso por apropiación.

III. Análisis del elemento “por razón del cargo” en las sentencias de los casos “Quince Millones” y “Diarios Chicha”

En este último capítulo nos dedicamos a profundizar en el estudio del elemento “por razón del cargo” a partir del tratamiento teórico y práctico que este mereció en las conocidas sentencias de los casos “Quince Millones” y “Diarios Chicha”. Para ello, se presentan primero los hechos y argumentos que sustentaron ambas decisiones del alto tribunal y, luego, nuestra postura respecto al sentido en que fue abordado el elemento “por razón del cargo” en cada sentencia.

1. El elemento “por razón del cargo” y su tratamiento en el caso “Quince Millones”

El 18 de julio de 2011, la Sala Penal Transitoria resolvió a través de una ejecutoria suprema el Recurso de Nulidad N° A.V. 23-2001-09 interpuesto por la defensa del expresidente Alberto Fujimori contra la sentencia de vista que lo condenó a siete años y seis meses de pena privativa de la libertad por la comisión del delito contra la Administración Pública – peculado doloso por apropiación y contra la Fe Pública – falsedad ideológica.

Los hechos del caso tienen como punto de partida que, mientras se desempeñó como presidente de la república, Alberto Fujimori, con apoyo de sus exministros Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Guillermo Salas Guevara Schultz, dispuso de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles (equivalente a quince millones de dólares) del erario nacional con la finalidad de pagar al exasesor del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos Torres una pretendida “compensación por tiempo de servicio a la nación”. Para lograr dicho cometido, el acusado expidió, con la anuencia de los indicados ministros y bajo un falso pretexto, el Decreto de Urgencia N° 081-2000, el cual sirvió para autorizar la transferencia de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles al Ministerio de Defensa. Posteriormente, el dinero fue entregado al propio Vladimiro Montesinos Torres antes de su huida del país y derivado por este, a través de terceros, a cuentas en el extranjero.

Ahora bien, uno de los argumentos alegados por la defensa en su recurso de nulidad consistió en que la sentencia de vista incurrió en error al considerar a Alberto Fujimori como autor del delito de peculado doloso por apropiación toda vez que, de conformidad con el artículo 118 de la Carta Política del Estado, la administración de los pliegos presupuestales no corresponde al presidente de la república sino a los ministros de cada cartera. Dicho de otro modo, la defensa técnica planteó la inexistencia de una relación funcional entre el acusado y los quince millones de dólares o, lo que es lo mismo, la atipicidad de la imputación por falta del elemento “por razón del cargo”.

Sin embargo, a decir de la Sala Penal Transitoria, lo postulado por la defensa del procesado no era de recibo por tres razones. En primer lugar, porque el

artículo 118 de la Constitución reconoce como atribución del presidente de la república la administración de la hacienda pública. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, porque Alberto Fujimori ordenó, en ejercicio de sus prerrogativas, la dación ilegal del Decreto de Urgencia N° 081-2000, el cual sirvió para lograr el desvío del dinero del Estado hacia manos de Vladimiro Montesinos Torres, lo cual denota que Alberto Fujimori tuvo disponibilidad jurídica sobre él. En último lugar, como consecuencia de todo lo anterior, el acusado quebrantó el deber de custodia y administración de que era titular por mandato constitucional, así como la confianza que el Estado depositó en él, alterando de esta forma el normal funcionamiento de la administración pública.

En ese entender, para el máximo tribunal el elemento “por razón del cargo”, junto con los demás componentes objetivos y subjetivos del tipo, estuvo claramente presente en los hechos materia de imputación, no evidenciándose razones para declarar su atipicidad. Luego, la Corte Suprema de Justicia declaró no haber nulidad en la sentencia de vista y confirmó la condena impuesta a Alberto Fujimori como autor del delito de peculado doloso por apropiación.

2. El elemento “por razón del cargo” y su tratamiento en el caso “Diarios Chicha”

La sentencia del 16 de agosto de 2016, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia para resolver el Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima interpuesto por la defensa del encausado Alberto Fujimori contra la sentencia de vista que lo condenó como autor del delito de peculado doloso por apropiación a ocho años de pena privativa de la libertad, tuvo como trasfondo fáctico que, durante los años 1998 y 2000 en que se desempeñó como presidente de la república, Alberto Fujimori dispuso sin sustento legal el desvío de ciento veintidós millones de soles de la Fuerza Área y el Ejército del Perú al Servicio de Inteligencia Nacional bajo el rótulo de “gastos reservados”, los cuales fueron utilizados para comprar la línea editorial de ciertos medios de prensa escrita de circulación nacional con el objetivo de despotricar a los adversarios políticos ante la opinión pública y alcanzar la reelección.

Uno de los motivos por los que la defensa del procesado interpuso recurso de nulidad estuvo relacionado con la supuesta vulneración al principio de

legalidad. Concretamente, se adujo la atipicidad de la imputación debido a que Alberto Fujimori no habría tenido vinculación funcional “por razón de su cargo” con los caudales o efectos de que se habría apropiado, ni mucho menos capacidad jurídica para decidir el destino de los fondos de las instituciones castrenses.

Para dar respuesta al argumento postulado, la Sala Penal Permanente convino en la necesidad de desarrollar diversos aspectos de la tipicidad del delito de peculado doloso, haciendo énfasis en que el sujeto activo solo puede ser el funcionario o servidor público que mantiene una relación funcional de administración, percepción o custodia, en razón al cargo que ocupa en la administración pública, con los caudales o efectos apropiados o utilizados indebidamente. En esa medida, según el tribunal, la relación funcional “por razón del cargo” se erige como el elemento nuclear de la tipicidad de este injusto.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia agregó que el autor de peculado es siempre un funcionario o servidor público circunscrito a un ámbito o segmento determinado del aparato estatal por razón de su cargo, por lo que si dicha relación funcional específica no se advierte no habrá delito. Ya sea que se trate de una posesión mediata o inmediata de los caudales o efectos públicos, la competencia ejercida por el sujeto activo debe estar trazada por normas legales o infralegales, apuntó el alto tribunal.

En ese orden de ideas, la controversia por resolver planteaba como fin último determinar si Alberto Fujimori, cuando exmandatario, actuó en el marco de una relación funcional que lo premunió de disponibilidad jurídica sobre los ciento veintidós millones desviados al Servicio de Inteligencia Nacional y que sirvieron luego para la compra de los denominados “Diarios Chicha”. Sobre el particular, la Sala Penal Permanente consideró que Alberto Fujimori no actuó “por razón de su cargo” debido a los siguientes motivos.

Previendo de que no todo funcionario ha de responder por todo sino solo por la incorrecta administración de su propia esfera de competencia personal delineada por leyes y reglamentos de su sector, el tribunal consideró que la obligación del jefe de Estado de administrar la hacienda pública, establecida en el artículo 118 de la

Constitución, constituye una atribución genérica de índole político y representativo que escapa del radio punible del artículo 387 del CP. En ese sentido, convino en acudir a las normas extrapenales que regulan la organización interna del Servicio de Inteligencia Nacional para averiguar a partir de ellas si Alberto Fujimori fue competente para administrar sus efectos o caudales.

Así, se evocó el Decreto Ley N° 25635, Ley del Sistema de Inteligencia Nacional, el cual establece que el encargado de aprobar el presupuesto del SIN es el jefe del Servicio de Inteligencia Nacional y que el órgano encargado de ejecutar dicho presupuesto, conducir la contabilidad y la tesorería es la Oficina Técnica de Administración. En vista de ello, la Sala concluyó que el jefe de este último órgano fue quien tuvo competencia funcional específica para administrar y custodiar los fondos de la institución, y no así Alberto Fujimori.

Aunado a lo anterior, el tribunal negó que el hecho de que el expresidente firmara las resoluciones supremas de justificación de gastos “secretos” haya significado que tuvo competencia específica de administrar o custodiar los fondos del Servicio de Inteligencia Nacional. Por el contrario, sostuvo la Sala, el encausado se limitó a actuar conforme a lo dispuesto por el artículo 3.3 del Decreto Legislativo N° 560, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, es decir, actuó en cumplimiento de un deber y, por lo tanto, dentro de los contornos de su competencia. Hacerlo responsable por la sola suscripción de un documento supondría sancionarlo por el solo hecho de ser presidente de la república, lo cual conlleva la violación del principio de proscripción de responsabilidad objetiva consagrado en el artículo VII del Código Penal, sentenció el tribunal.

Con base en tales consideraciones, la Sala Penal Permanente afirmó que no se encontraba acreditado que el acusado Alberto Fujimori, por razón de su cargo de expresidente de la república, haya tenido un vínculo funcional de administración o custodia, habilitador de la facultad de disposición jurídica, con los caudales o efectos del Servicio de Inteligencia Nacional. Y, por lo demás, teniendo en cuenta que los medios probatorios aportados al proceso demostrarían que el encausado desconocía el soterrado plan de su exasesor para llevar a cabo la compra de los “Diarios Chicha”, la Corte Suprema, haciendo prevalecer el derecho a la presunción de inocencia, aplicó el principio *in dubio pro reo*.

Así las cosas, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de la sentencia de vista y, reformándola, decretó la absolución del procesado Alberto Fujimori de la acusación.

3. Toma de postura

En relación con el denominado caso “Quince Millones”, expresamos nuestra conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia habida cuenta de que, conforme pudo acreditarse, el expresidente Alberto Fujimori, a fin de satisfacer la pretensión ilegal de su exasesor, abusó de sus prerrogativas de mandatario para expedir un decreto de urgencia injustificado y, así, desviar la suma equivalente a quince millones de dólares hacia el Ministerio de Defensa, la cual fue luego entregada al propio Vladimiro Montesinos Torres como supuesta compensación por tiempo de servicio a la nación.

Y es que lo ordenado por Alberto Fujimori no tuvo sino como sustento normativo la facultad de administrar la hacienda pública que le reconocía la Constitución en su artículo 118.17 y que le confería el poder para decidir el destino de tales fondos. Sin embargo, es preciso subrayar que el reconocimiento de dicha facultad constitucional no era ilimitada ni mucho menos enteramente discrecional. Como todo acto propio de la función pública, la transferencia de dinero estatal a un determinado ministerio, más allá de su carácter de secreto o reservado, debía tener como norte la satisfacción del interés general y no de intereses particulares, menos aún la perpetración de delitos.

Por consiguiente, lo establecido por la Norma Fundamental en su artículo 118.17 y la capacidad jurídica del exmandatario para disponer de una parte del patrimonio del Estado no conceden margen de duda respecto a la existencia de un claro deber de administración por razón del cargo, es decir, de una relación funcional típica entre Alberto Fujimori y los quince millones de dólares. En esa medida, al haber dispuesto de dicho dinero como propio y, con ello, traicionado la confianza que le fuera depositada para administrar con lealtad y probidad la hacienda pública, Alberto Fujimori cometió peculado doloso por apropiación, razón por la que la condena impuesta en su contra en el caso “Quince Millones” es jurídicamente acertada.

En cambio, lo anterior no es predicable a lo sentenciado por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Diarios Chicha, resolución judicial de la que discrepamos abiertamente, tanto por los argumentos que esgrime cuanto por su veredicto. A nuestro modo de entender, la conclusión alcanzada, respecto a que Alberto Fujimori no tuvo bajo su encargo la administración de los fondos desviados al Servicio de Inteligencia Nacional, no es correcta por tres razones.

En primer lugar, porque el análisis efectuado por la máxima instancia del Poder Judicial pone el énfasis en el periodo en que los caudales públicos ya formaban parte del presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional, cuando de los términos de la imputación se deduce claramente que la presunta apropiación fue perpetrada en un momento anterior, esto es, cuando el expresidente, a través de un decreto supremo con carácter reservado y sin sustento legal, dispuso la desviación de ciento veintidós millones de soles desde las fuerzas armadas a la institución que de facto manejaba Vladimiro Montesinos Torres. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia incurre en un error al realizar su juicio de tipicidad en un espacio temporal que se presentaba, desde la perspectiva de la imputación hecha a Alberto Fujimori, como posconsumativo.

En segundo lugar, porque si bien la Sala Suprema se refirió en un momento a la atribución presidencial de administrar la hacienda pública y en otro al papel de la rúbrica del jefe de Estado en los decretos supremos -referencias vinculadas a la etapa anterior a la transferencia de los fondos al Servicio de Inteligencia Nacional-, ambos aspectos no fueron abordados correctamente. Nos explicamos.

Verdad es que el deber constitucional del presidente de la república de administrar la hacienda pública es sumamente genérico, pero no por ello el artículo 118.17 de la Constitución deja de ser una fuente normativa a efectos de poder aplicar el artículo 387 del CP, pues expresamente impone dicho deber en quien representa a la nación. Claro está que, en casos como el presente en que dicho deber general puede ser delimitado o concretizado a través de normas de un determinado sector, el operador jurídico deberá recurrir a ellas a fin de adoptar una solución previsible y acorde a Derecho.

Así, volviendo al caso que nos convoca, llama poderosamente la atención que el órgano jurisdiccional de máxima instancia haya omitido referirse al artículo 14 de la entonces Ley del Sistema de Inteligencia Nacional, el cual prescribía que la transferencia del presupuesto a favor del Servicio de Inteligencia Nacional debía aprobarse mediante decreto supremo, tipo de norma esta última que corresponde emitir al Poder Ejecutivo. A la luz de este “aterrizaje” normativo, en consecuencia, Alberto Fujimori se erigía como el funcionario encargado de decidir si los ciento veintidós millones de dólares iban o no a parar al Servicio de Inteligencia Nacional. Tuvo, pues, disponibilidad jurídica.

De otra parte, somos de la opinión que el acto presidencial de firmar un decreto supremo no representa, como lo desliza la Corte Suprema, un supuesto de conducta inocua o irrelevante a efectos penales. Por el contrario, tratándose en el presente caso de una autorización con carácter reservado que podía ser aprovechado como vía para el desvío de fondos, a Alberto Fujimori le era exigible actuar con suma diligencia, cerciorándose de que los varios millones de soles destinados al Servicio de Inteligencia realmente tenían una justificación detrás. Ello, sin embargo, no fue así, pues conforme se desprende de los términos de la imputación fiscal, Alberto Fujimori suscribió el decreto supremo en cuestión a sabiendas de su falta de sustento legal. Abusó de sus prerrogativas y encubrió su proceder delictivo mediante la dación de una norma aparentemente lícita, para ser más exactos. Se trató, en suma, del mismo *modus operandi* seguido en el caso “Quince Millones”.

En tercer y último lugar, y atendiendo a lo recientemente señalado, la Sala Suprema se equivoca al rechazar que entre Alberto Fujimori y los ciento veintidós millones de soles no hubo una relación funcional de administrador y administrado. De hecho, creemos que la forma en que se dieron los hechos y la normatividad reguladora pertinente ponen en evidencia el rol de garante que tuvo el expresidente respecto a los caudales públicos de los que dispuso, como si fuera dueño, para fines particulares e ilegales. En tal sentido, dejando de lado la problemática en torno a la tipicidad subjetiva en la medida que escapa de los límites del presente trabajo, nos decantamos por que la Corte Suprema de Justicia debió declarar no haber nulidad y confirmar la sentencia condenatoria impuesta, pues, con base en lo expuesto en el capítulo precedente, los

hechos materia de juzgamiento revelaban claramente la vinculación funcional, de carácter eminentemente jurídico, que unía a Alberto Fujimori, en calidad de administrador de la Hacienda Pública y decisor de las transferencias presupuestales a favor del SIN, con los caudales públicos que finalmente dispuso con fines particulares e ilegales.

Conclusiones

- A la luz del repaso efectuado sobre los componentes objetivos y subjetivos del delito de peculado doloso por apropiación, queda claro que nos encontramos ante un delito que, además de especial, es de infracción de deber. Sin embargo, de todos, es el elemento “por razón del cargo” el que cumple un papel determinante en la fijación de esa naturaleza, pues lo que este impone es la comprobación de un vínculo funcional de raíces jurídicas entre el funcionario o servidor público y los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le ha sido confiada. Como no podía ser de otra manera, los efectos de dicho elemento en la determinación de la autoría y participación son sumamente trascendentales.
- Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Quince Millones” y la perspectiva desde la cual entendió y aplicó el elemento “por razón del cargo” fueron acordes a Derecho. Acreditado que era titular de un deber de administración de raigambre constitucional y que, abusando de dicha prerrogativa, encubrió a través de un decreto de urgencia lo que en el fondo era un acto de apropiación de caudales públicos, la condena impuesta a Alberto Fujimori por el pago de una ilegal compensación por tiempo de servicio a la nación a su exasesor fue un acierto judicial.
- Fueron cuatro los errores de que adolece la sentencia que declaró la absolución del expresidente en el caso “Diarios Chicha”: el impertinente ámbito temporal desde el cual fue analizada la imputación, la omisión de valorar lo establecido en el artículo 14 de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional, el descartar que el artículo 118.17 de la Constitución sea una fuente normativa en términos del elemento “por razón del cargo” y el considerar que la firma presidencial de un decreto supremo es una conducta exenta de acarrear responsabilidad penal.

Incluso en forma más nítida que en el caso anterior, advertimos que, entre Alberto Fujimori, encargado de aprobar las transferencias presupuestales a favor del Servicio de Inteligencia Nacional, y los fondos desviados hubo la relación funcional específica a la se refiere el elemento “por razón del cargo”. Por ende, discrepamos con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, la cual debió confirmar la sentencia condenatoria impuesta en primera y segunda instancia.

Bibliografía

Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Palestra Editores.

Alcócer Povis, E. (2005). La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya. En *Instituto de Ciencia Procesal Penal* (pp. 1-27). Recuperado de <https://n9.cl/ojhf5>

Chanjan Documet, R. (2014). *La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5647/CHANJAN_DOCUMET_RAFAEL_ADMINISTRACION_DESLEAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Chanjan Documet, R., Solís Curi, E., Puchuri Torres, F. (2018). *Sistema de justicia, delitos de corrupción y lavado de activos*. Lima, Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/03/01173032/sistema-de-justicia-delitos-web-2.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2005). Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria (Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116).

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2010). VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias (Acuerdo Plenario N° 1-2010/CIJ-116).

Cueva Arana, J. (2021). *Informe Jurídico sobre la Casación N° 160-2014-Áncash*. Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Defensoría del Pueblo (2014). *Informe Defensorial N° 168. El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/Informe-Defensorial-N-168.pdf>

Hugo Álvarez, J., y Huarcaya Ramos, B. (2018). *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Hugo Vizcardo, S. (2016). El delito de peculado. En *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, pp. 245-274.

Montoya Vivanco, Y. (Coord.). (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administración-pública.pdf>

Peña Cabrera, R. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. Lima, Perú: Idemsa.

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.

Rosada Castellanos, D. y Martínez Gamboa, R. (2020) ¿Debe el Derecho Penal proteger bienes jurídicos o no? En *Derecho y Cambio Social*, N° 61, julio-setiembre.

Recuperado

de:

https://www.derechocambiosocial.com/revista061/Debe_el_derecho_penal_proteger.pdf

Salinas Siccha, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. En J. Hurtado. (Dir.), *Problemas actuales de política criminal. Anuario de Derecho Penal 2015-2016* (pp. 93-126). Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_00.pdf

