



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL  
MÉTODO DE CASO JURÍDICO**

**“EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO”, “RECURSO DE NULIDAD  
Nº 615-2015-LIMA.**

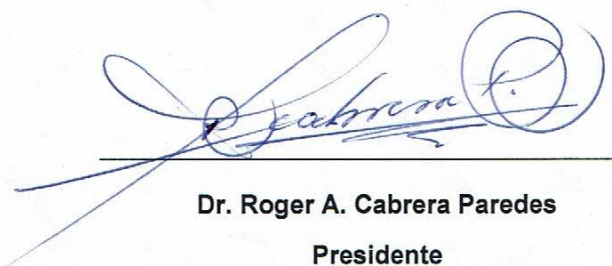
**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:  
ABOGADO**

**AUTOR : ALATRISTA RIOS CLAUDIO FERNANDO**

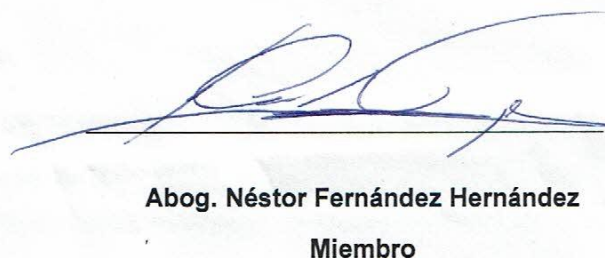
**San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú  
2017**

## **PAGINA DE APROBACIÓN**

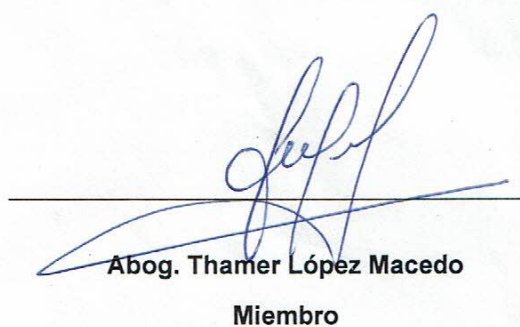
Trabajo de suficiencia profesional ( Método de Caso Jurídico) sustentado en acto público, a las 20:00 horas del día **martes 01 de agosto del año 2017**, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



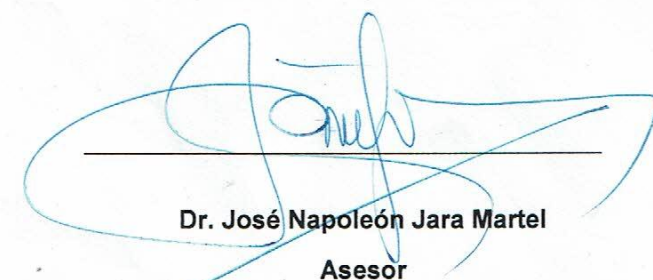
**Dr. Roger A. Cabrera Paredes**  
**Presidente**



**Abog. Néstor Fernández Hernández**  
**Miembro**



**Abog. Thamer López Macedo**  
**Miembro**



**Dr. José Napoleón Jara Martel**  
**Asesor**

## **DEDICATORIA**

*El presente trabajo lo dirijo a mis padres y hermana, que tras las dificultades acontecidas durante los años de estudios de la carrera de Derecho, siempre estuvieron apoyándome e inculcándome a seguir adelante.*

*El Autor*

## **AGRADECIMIENTO**

*Definitivamente agradezco a la Universidad Científica del Perú por ser mi alma mater.*

*Además agradezco a cada uno de los docentes que formaron parte de mi vida académica, durante el tiempo de estudios realizados en la UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERU.*

*El Autor*





FACULTAD  
DERECHO Y  
CIENCIAS POLÍTICAS

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**

En la ciudad de Iquitos, a las 20:00 horas del día Martes 01 del mes de Agosto del año 2017, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación del bachiller:

**CLAUDIO FERNANDO ALATRISTA RIOS**

En la modalidad de: **TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL – METODO CASO JURIDICO**, con el tema **"El Sujeto Activo en el Delito de Peculado, Recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima"**

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

| Indicador                                                                     | Examinador 1 | Examinador 2 | Examinador 3 | Promedio |
|-------------------------------------------------------------------------------|--------------|--------------|--------------|----------|
| Dominio del Tema                                                              | 4            | 4            | 4            |          |
| Calidad de redacción                                                          | 3            | 3            | 3            |          |
| Competencia expositiva<br>(calidad conceptual, coherencia<br>y argumentación) | 3            | 3            | 3            |          |
| Calidad de las respuestas                                                     | 3            | 3            | 3            |          |
| Uso de terminología<br>especializada                                          | 4            | 4            | 4            |          |
| Calificación final                                                            | 17           | 17           | 17           |          |

Calificación final (en letras) .....

**DIÉCISIETE**

Leyenda:

| Indicador | Descripción   | Puntaje |
|-----------|---------------|---------|
| A         | Deficiente    | 1       |
| B         | Regular       | 2       |
| C         | Satisfactoria | 3       |
| D         | Optima        | 4       |

Presidente :Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro :Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

(Firma)

(Firma)

(Firma)

**INDICE**  
**ÍNDICE DE CONTENIDO**

|                                                      | <b>Pág.</b> |
|------------------------------------------------------|-------------|
| DEDICATORIA                                          | iii         |
| AGRADECIMIENTO                                       | iv          |
| RESUMEN                                              | 02          |
| <b>CAPÍTULO I</b>                                    |             |
| Introducción                                         | 03          |
| <br><b>CAPÍTULO II</b>                               |             |
| 2.1. Marco Teórico Referencial                       |             |
| 2.1.1 Antecedentes de la investigación               | 05          |
| 2.1.2. Definiciones teóricas                         | 08          |
| 2.1.3. Definiciones conceptuales                     | 33          |
| 2.2. Objetivos                                       | 53          |
| 2.2.1. Objetivo general                              | 53          |
| 2.2.2. Objetivos específicos                         | 54          |
| 2.3. Variables                                       | 54          |
| 2.3.1 Identificación de las variables                | 55          |
| 2.4. Supuestos                                       | 55          |
| <br><b>CAPÍTULO III</b>                              |             |
| 3.1. Metodología                                     | 56          |
| 3.2. Muestra                                         | 56          |
| 3.3. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos | 56          |
| 3.4. Procedimientos de Recolección de Datos          | 56          |
| 3.5. Validez y Confiabilidad del Estudio             | 57          |
| 3.6. Plan de Análisis, Rigor y ética                 | 57          |
| <br><b>CAPÍTULO IV</b>                               |             |
| Resultados                                           | 58          |
| <br><b>CAPÍTULO V</b>                                |             |

|                                                  |    |
|--------------------------------------------------|----|
| Discusión                                        | 60 |
| <br><b>CAPÍTULO VI</b>                           |    |
| Conclusiones                                     | 63 |
| <br><b>CAPÍTULO VII</b>                          |    |
| Recomendaciones                                  | 65 |
| <br><b>CAPÍTULO VIII</b>                         |    |
| Bibliográficas                                   | 66 |
| <br><b>CAPÍTULO IX</b>                           |    |
| Anexos                                           | 67 |
| Anexo N° 01: Matriz de consistencia              | 68 |
| Anexo N° 02: Recurso de Nulidad N° 65-2015- LIMA | 70 |

## RESUMEN

El presente trabajo hace referencia al análisis desde el punto de vista legal del Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA”. En la cual **EL OBJETIVO** es lograr establecer el desarrollo del tipo penal de peculado doloso y sus presupuestos normativos que determinarían la configuración del delito en mención, sobre los criterios legales y doctrinarios, la diferenciación entre quienes podrían ser catalogados como sujetos activos (funcionarios y servidores públicos), de acuerdo a lo establecido por la Constitución Política del Perú u otras normas con rango de ley, **Material y Métodos:** se empleó una ficha de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en un recurso de Nulidad N° 615-2015-Lima, a través del Método Descriptivo Explicativo. El diseño fue no experimental ex post facto. Caso jurídico relevante y muy controversial inmerso en el ámbito jurídico – social, del mismo modo se desarrollará el delito de peculado teniendo como resultado de acuerdo a lo establecido por la decisión de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia que declara la nulidad de la sentencia del ocho de enero del dos mil quince, que condenó a don Alberto Fujimori Fujimori, por el delito contra la administración Pública – Peculado doloso, dentro del contexto de un debido proceso. **Resultados:** que, para atribuir responsabilidad penal de peculado a un funcionario o servidor público se tiene que acreditar y demostrar la vinculación funcional “por razón de su cargo”, respecto a la administración o custodia de los caudales públicos, es indispensable acreditarse el vínculo funcional existente entre el funcionario o servidor público (sujetos activos) con los bienes del estado. Por lo que no se configuraría el delito de peculado, sino existiera aquella disponibilidad jurídica para realizar actos de percepción, administración y custodia de los bienes o fondos del Estado.

**Palabras claves:** Peculado, Clases de Peculado, sujeto activo del delito, funcionario y servidor público, extraneus, intraneus.

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN

En el Perú, la pasada década se vivió etapas no solo de violación de derechos humanos sino que además actos de corrupción que quedaron grabados en la memoria de todos los peruanos, entre ellos se encuentran los “Vladivideos” grabados clandestinamente en la “salita” del Servicio de Inteligencia Nacional- SIN, donde el ex asesor Vladimiro Montesinos repartía millones de dólares a políticos, jueces, propietarios de medios de comunicación, etc. Esta herencia producto de la dictadura fujimontesinista dejó un sabor a corrupción e incapacidad que aún se encuentra vigente hasta nuestros días.

El **Planteamiento del Problema** en este caso jurídico, es analizar si la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, aplico acertadamente los fundamentos legales del delito de Peculado de acuerdo a la doctrina nacional para declarar la nulidad de la sentencia impuesta a don Alberto Fujimori Fujimori, decisión que definió determinados puntos jurídicos relacionados a la configuración del delito penal de Peculado.

En nuestro país existen **Antecedentes** jurisprudenciales en el sentido de que cualquier funcionario o servidor público que desempeñe labores dentro de la administración pública, no necesariamente cometería actos peculadores, sino que se tendría que cumplir ciertos requisitos mínimos e indispensables para que la acción realizada se adecue a la norma penal.

Durante el desarrollo del proceso las partes impugnantes, la defensa técnica del encausado Fujimori Fujimori fundamenta en su recurso de nulidad que el Tribunal Supremo debe declarar la absolución de la acusación presentada por el Ministerio Público, indicando que la conducta de su patrocinado no se subsume en los presupuestos objetivos del delito de peculado, toda vez que no poseía vínculo funcional por razón de su cargo, mientras que el Ministerio Público alega que, el imputado don Alberto Fujimori Fujimori al 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/ 122.000.00 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de “Gastos Reservados”, que fueron destinados para comprar los denominados “ Diarios chichas”, en beneficio

para su campaña de reelección presidencial, incurriendo en la comisión del delito de Peculado.

Como es de verse, este caso, evidencia una gran **importancia** en la jurisprudencia peruana, toda vez que en la década de los 90, se dio inició con mayor relevancia los actos de corrupción realizados por funcionarios o servidores públicos, que representaban a determinados órganos e instituciones propias del Estado Peruano, acciones que fueron motivo de investigación y que en el transcurrir del tiempo se fue demostrando la responsabilidad penal de aquellos sujetos que pensaron que nunca iban a ser sometidos a un proceso penal y más aún ser condenados por diversos delitos contra la administración pública, teniendo en cuenta uno de ellos, el “ Delito de Peculado”, al ser un tema de relevancia jurídica y de mucho interés a nivel nacional, en el presente caso se declara la Nulidad de la Sentencia condenatoria del Ex presidente Alberto Fujimori.

Por estas **razones** se desarrollará en el presente trabajo determinados conceptos doctrinarios y jurisprudenciales relacionados al delito de Peculado y lograr identificar, a quien o quienes se tendrían que catalogar como funcionarios o servidores públicos “Peculadores”, de acuerdo a la doctrina y los fundamentos legales establecidos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú,

Por lo que los **Objetivos Generales** de este análisis jurídico es Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal el Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA “ El sujeto activo en el delito de Peculado”, cuyos **Objetivos Específicos** son: **1. Determinar si el vínculo funcional por razón de su cargo exigido por el tipo penal de peculado doloso indispensable para la configuración del delito de Peculado se dio en el presente caso,** **2. Identificar si el sujeto activo (funcionario o servidor público) dispuso la administración, custodia o percepción de los bienes del estado por razón de su cargo,** **3. Identificar el grado de participación del extraneus en el delito de peculado.**

## CAPÍTULO II

### 2.1. MARCO TEORICO REFERENCIAL.

#### 2.1.1. Antecedentes de la Investigación:

Históricamente el delito de Peculado proviene del griego Dellatínpecus (**ganado**) y latus (**hurto**). Etimológicamente significa hurto de ganado. En Roma, cuando el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra, servía de medio de cambio comercial y definía el status socio-económico. El término fue judaizándose en la época de la República para indicar hurto de cosas de valor, hasta llegar en la época del Imperio a la noción del **criminis peculatus** o hurto de dinero y bienes públicos.

Tanto la legislación ateniense como la romana castigaron con severísimas penas, que llegaban hasta la muerte, el hurto de los dineros del Estado. El Digesto, ya en las postrimerías del Imperio, reconoció tres clases de peculado, por sustracción, retención y uso. El Código extendió el criminis peculatus a los jueces que durante su administración sustrajeron caudales públicos, ordenándose contra ellos la pena capital, como para quienes les prestaron ayuda o a sabiendas recibieron de ellos las cantidades sustraídas.

El **peculatus** del Derecho romano (de pecus, sistema primitivo de transacciones) y se aplicó a la pecunia sacra, que requería el rito de la consagración pública, de manera que al ausencia de este requisito impedía la calificación de peculatus y se transformaba en hurto.

En el Digesto se define el peculado como hurto público entendiendo por tal el que pertenecía al pueblo romano, al Erario Público, no el de los municipios. Las conductas podían consistir en sustraer (auferre), destruir (interfucere) o distraer ( vertere in remsuam) el Erario Público.

El art. 397 reproduce in extenso, con mínimas modificaciones y con excepción de las circunstancias agravantes, el artículo 346 del Código penal de 1924. Los cambios se centran en el uso del tiempo presente de los verbos rectores “apropiar” y “utilizar” empleados en el código actual vigente, así como en el monto de las penas

#### 2.1.1.1 Evolución Legislativa del delito de Peculado en el Perú:

- *El art. 387 del Código Penal tipificaba (con la reforma que hubo en el año 1993, a través de la ley N° 26192), en su Capítulo II, Sección III, el delito de peculado establecía:*

**“ El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para si o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 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.**

**Si el agente, por culpa da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”-**

- *Posteriormente hubo una reforma integral del delito de Peculado en el Código Penal, a través de la Ley N° 29703 de fecha 09 de junio del 2011, en la que establecía:*

**“ El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro ni mayor de ochos años”.**

**Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.**



**Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será menor de ocho ni mayor de doce años”.**

**Si el agente, por culpa, da ocasión a que efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será menor de tres ni mayor de cinco años”.**

- *Después de unos meses, se produjo otra nueva modificatoria a través de la ley N° 29758 de fecha 21 de julio de 2011 y quedó redactado el delito de peculado en lo siguiente:*

**“ El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.**

**Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.**

**Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieron destinados a fines asistenciales u a programas de apoyo social. En estos casos la pena privativa de libertad será no mayor de ocho ni mayor de doce años.**

**Si el agente por culpa da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.**

- *La nueva redacción normativa, luego de la sanción de la Ley N° 29703, se introducía un criterio “patrimonialista”, a efecto de construir la circunstancia de agravación”, glosada en el segundo párrafo del artículo 387 de la codificación punitiva, en cuanto al mayor disvalor del resultado que toma lugar cuando el*

*valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las diez unidades impositivas tributarias, incidiendo en la imposición de una penalidad de mayor severidad. La agravación está destinada tanto para el peculado doloso como culposo, cuya configuración típica no está condicionada al valor patrimonial del objeto material del delito.*

### **2.1.2. Definiciones Teóricas**

**REATEGUI SANCHEZ, James (2005)**, define que el delito de peculado es una rendición indebida calificada y que la calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado como propietario o guardián de ciertos bienes y con abuso de función, el objeto del peculado no reside como piensa en la circunstancia de que se sometan a riesgos extraños a los fines del disco, porque la criminalidad del hecho no reside en la razón objetiva de la inexistencia de esa especie de riesgos, sino en la razón subjetiva-objetiva de la violación de la seguridad de los bienes de que disponen las administraciones públicas.

**VALENZUELA NOLASCO, José (2013)**, establece que el delito de peculado es un hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza en cualquier forma, caudales o efectos públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo que desempeña dentro de la administración pública.

**ROJAS VARGAS, Fidel, (2007)**, indica que el delito de peculado en el Perú constituye el rubro o capítulo jurídico penal que da nombre al nomen iuris, poseyendo una autonomía conceptual y jurídica con relación a la malversación, frente a la cual incluso observa un mayor grado de ilicitud y reprochabilidad.

**REAÑO PESCHIERA, José Leandro, La administración de caudales por delegación de competencias funcionariales, 2003**, establece que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas, además que la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente.

**SALINAS SICCHA, Ramiro (2013)** considera que el delito de peculado es un delito pluriofensivo, toda vez que aparte de proteger el recto funcionamiento de la administración pública en general, de modo específico busca proteger el deber de

lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber encomendado en razón del cargo que desempeñan, por lo que solo se verá afectado el bien jurídico cuando el agente lesione el patrimonio del estado, infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene hacia el estado, logrando su configuración.

## **I. Noción básica de administración pública.**

Existe un consenso para concebir la administración pública en un doble sentido. *Objetivamente*, como el conjunto de actividades, previstas legalmente, o previsibles que son desarrolladas por los agentes públicos (funcionarios y servidores), mediante /las cuales se realizan los fines del Estado y de las diversas entidades públicas. *Subjetivamente* (o en una visión organicista), administración pública “es el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias.

La administración pública, entendida dinámica e institucionalmente es la forma organizada más extendida del poder público que en las sociedades contemporáneas exhibe (debe necesariamente poseer) atributos de calificación, competencia, tecnificación, infraestructura de medios, racionalidad y contenido ético-teleológico bien definidos. Su existencia en tanto sistemas preconfigurados y/o unidades burocráticas (de funcionarios y servidores), es y ha significado históricamente una necesidad para los fines del Estado, comprendidos éstos tanto al interior de los países o comunidades de países como al exterior del mismo.

La administración pública vista desde fuera es el poder articulado en niveles y competencias que se diferencian nítidamente de la ciudadanía o sectores privados de destino, a los que sirve (debe de servir para legitimar socialmente su existencia), pero sobre los cuales ejerce poder. Desde dentro, la administración pública es un conjunto estratificado y piramidal de subsistemas organizativos, no siempre homogéneos, que tiene en la Constitución Política y en las leyes su fundamento jurídico de existencia.<sup>1</sup>

Por otro lado se define que, La Administración Pública es *aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta, continua, práctica y espontánea de carácter subordinado a los poderes del Estado y que tienen por objeto satisfacer en forma*

---

<sup>1</sup> PARIONA ARANA, Raúl B, El delito de Peculado como Delito de Infracción del Deber, 2011, Pag 8

*directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado dentro el orden jurídico establecido y con arreglo a este<sup>2</sup>.*

*Asimismo se establece que la Administración Pública es la función estatal cuya finalidad es la de procurar la satisfacción de los intereses (o necesidades) de la colectividad (denominados entonces, intereses o necesidades públicas, colectivas, generales o de interés común). El concepto de Administración pública es equivalente al de función administrativa.*

*En la cual menciona que el ejercicio de la función administrativa es ejercido por determinados órganos u organismos que tienen como fin el ejercicio de la función administrativa, los cuales son:*

- *Consejo de Ministros, su Comité Ejecutivo y las entidades administrativas adscritas.*
- *Organismos de la Administración Central del Estado (OACE).*
- *Delegaciones y Direcciones territoriales provinciales y municipales.*
- *Consejos de la Administración provinciales y municipales; sus dependencias.*

***b) La política criminal en el Perú, en relación a los Delitos Contra la Administración Pública.***

**PARIONA ARANA, Raúl B. 2011**, en su investigación titulada **el “ DELITO DE PECULADO COMO DELITO DE INFRACCIÓN DEL DEBER”** menciona que el Estado frente a la diversidad de comportamientos lesivos por los agentes públicos (funcionarios y servidores) contra los valores e intereses agrupados en el bien jurídico “administración pública” ha estado caracterizada por una especial política de control penal que se ha mantenido relativamente constante desde la dación del primer código punitivo nacional (1863) hasta el presente: escasa criminalización y baja penalidad con tendencia a un leve endurecimiento represivo en los *quantums* de penas para determinados delitos. Este endurecimiento se ha registrado sobre todo en los delitos de cohecho con la dación de la Ley N° 28355 del 06 de octubre de 2004 que ha incrementado los extremos mínimos y máximos de la pena privativa de libertad y en otros casos ha agregado circunstancias de mayor injusto a los tipos penales.

---

<sup>2</sup>Información contenida en [https://jorgemachicado.blogspot.pe/2012/03/adpu.html#\\_Toc320891603](https://jorgemachicado.blogspot.pe/2012/03/adpu.html#_Toc320891603)

## **II. Concepto de Funcionario**

**Según el diccionario de la Real Academia<sup>3</sup>**, define al funcionario como aquella persona que desempeña profesionalmente un empleo público, además define a aquel empleado jerárquico, particularmente estatal.

Desde nuestra perspectiva mencionamos que un funcionario público es aquella persona o agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente. Ante ello identificamos dos ámbitos:

- Con la aprobación y reconocimiento de la Nación y la ciudadanía; en el segundo frente a los órganos de control del Estado.
- De acuerdo a las diversas legislaciones de los países asume distintos nombres o se halla confundido en una denominación común. Funcionario Público es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o elección popular).

En una concepción más amplia “funcionario público” es todo aquel que en virtud de designación especial y legal, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público pero la gran heterogeneidad de funcionarios públicos y de funciones que muestran las administraciones contemporáneas no permiten, o dificultan en gran modo, la existencia de un concepto administrativo conglobante y de consenso de funcionario.

ROJAS VARGAS, FIDEL (2002), toma como referencia el concepto de Rafael Bielsa, en la que define que un funcionario público es aquel, en virtud de designación especial y legal, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público.

### **Clases de Funcionarios**

---

<sup>3</sup> Definición extraída de la página web <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=funcionario>

Se habla de funcionarios de autoridad, de procuración y de gestión, para referirse con la primera clasificación a los de mayor nivel de la jerarquía del funcionario público y que poseen facultades de “imperium” o mando sobre los demás. Son funcionarios de procuración los que representan al estado y a sus diversos órganos en defensa de sus intereses. Los funcionarios de administración son aquellos que gerencia o dirigen técnicamente y se hallan repartidos en todas las instancias del Estado, los de gestión aquella que contratan a nombre del estado. Asimismo, es dominante hoy la clasificación entre funcionarios de carrera y de empleo (o contratación), donde los primeros tienen una vinculación estatutaria con la Administración Pública y gozan de los derechos y privilegios legales (titulación, permanencia, retribución a cargo del presupuesto estatal, ascensos, previsión social), mientras que los segundos (generalmente eventuales e interinos o suplentes), en constante incremento, son contratados por tiempo determinado, no gozan (por lo general) de vacaciones, previsión social, etc. hallándose en todas las ramas y reparticiones de la Administración Pública.

Otras clasificaciones: funcionarios políticos (los electos por votación popular: Mandatarios, Vice presidentes, Congresistas, Alcaldes, presidentes de Región, etc.), de confianza política o técnica (cubren puestos de gran importancia y de decisión: Vice Ministros, Directores Generales, Secretarios de Estado, Secretarios Generales, Administradores, etc.), interinos (quienes cubren plazas temporalmente o hasta que desaparezca la causa que le dio origen), accesitarios (quienes cubren puestos a la muerte o vacancia de los titulares). Igualmente, se clasifica a los funcionarios con base a las reparticiones territoriales y a los alcances de sus facultades (nacionales o locales, de gobierno central, regional, comunal) o conforme al régimen jurídico administrativo de carrera al que pertenecen (funcionarios de régimen general y de regímenes especiales; son graficadores de estos últimos el personal militar policial, los Magistrados judiciales y fiscales, los funcionarios de los organismo autónomos, los funcionarios municipales, entre otros). No es infrecuente que un funcionario de confianza técnica o política (por ejemplo un Secretario general o un Ministro) tenga de origen un puesto de carrera o de elección política o que un funcionario interino al cesar la interinidad o provisionalidad retorne a su cargo titular. Es más suele promoverse temporalmente a funcionarios de carrera a cargos superiores (Un juez que es promovido a Vocal provisional).

A estas clasificaciones se suma otra que diferencia entre funcionarios de iure y funcionarios de facto, según se hallen legítimamente investidos de tal calidad o adolezcan de deficiencias o irregularidades en el título que sustenta la calidad de funcionario público.

Es funcionario de facto aquél que tiene irregular su investidura. Esta irregularidad puede ser de nacimiento o sobrevenida. En el primer caso debido a la no observancia de los requisitos legales exigidos para el cargo suscitada en circunstancias de buena fe; en el segundo caso a consecuencia de cese, destitución, terminación (funcionario con plazo fijo de ejercicio) o abandono. En esta segunda hipótesis el funcionario ha perdido su calidad de "iure" donde el hecho de continuar ejerciendo funciones lo convierte en funcionario de facto, o en caso extremo en un usurpador; es de facto, según que existan causas de interés funcional que justifiquen la permanencia en el cargo si dicha permanencia no obedece más que al libre arbitrio del agente. Se es también funcionario de facto cuando la normatividad en que se fundamentó la elección o nombramiento haya sido declarada ilegal o inconstitucional, o en el caso de quien accidentalmente asume o se arroga la facultad funcional al detener al delincuente que comete un hecho delictivo (por sólo colocar un ejemplo) o que lo persigue al huir éste y lo detiene.

En el Perú ocurre usualmente que los funcionarios de facto son tolerados o propiciados por los gobiernos, en situaciones difíciles o en estado de necesidad o por fines netamente políticos irregulares. Tanto el funcionario de iure que cumple con todos los requisitos formales y sustanciales exigidos, como el de facto (funcionario formalmente disminuido), son responsables penalmente por sus actos lesivos a los bienes jurídicos penalmente protegidos. Son casos típicos, entre otros, de funcionarios de facto aquellos interinos, provisionales o accidentales. Lo mismo cabe decir de los funcionarios suplentes, caracterizados y definidos por su interinidad.

Para el Derecho Penal ser funcionario de facto o de derecho no trae como consecuencia ninguna diferenciación en el trato punitivo, pues maneja criterios amplios y abiertos de funcionario, cuestión que sirve para diferenciarlo de los constructos al respecto desarrollados en el derecho administrativo, que es donde interesa propiamente tal clasificación.

El caso del usurpador no ofrece mayores problemas. Se trata de aquella persona particular, militar o también puede ser otro funcionario público que sin título o

investidura asume de hecho el cargo o desarrolla actos propios de él sin que exista causa de justificación suficiente. Se puede ser usurpador de función pública por tres vías: a) cuando el funcionario ha cesado o terminado en sus funciones y sin que exista justificación legal, administrativa o de estado de necesidad continúa de hecho ejercitando el cargo, ya sea firmando resoluciones, ejecutando actos, disponiendo de fondos públicos, etc., aquí la diferencia con el funcionario de facto se halla en que éste prosigue actuando como funcionario justificado por circunstancias excepcionales o en todo caso con la complacencia comprobada de las entidades públicas en igualdad de circunstancias; b) Cuando por vía de hecho un particular a allegado o no a las autoridades/funcionarios ejerce o controla el ejercicio de funciones públicas, sin que posea ninguna vinculación con la administración pública o la que mantiene no le da derecho a dicho ejercicio; y c) cuando la persona particular accede al cargo violentando las formalidades, en situaciones de conmoción política o social (revoluciones, toma de poblados o ciudades, motines, etc.) o ante la ausencia de autoridad o funcionario<sup>4</sup>.

En tales casos los efectos derivados de los actos “funcionales” del usurpador carecen de validez jurídica, sin embargo, bajo circunstancias de transformaciones políticas por vía violenta, el poder triunfante, como órgano generador de derecho, termina por lo común, legitimando los actos de usurpación.

## **1. El servidor público**

En otras legislaciones la frase servidor público engloba por igual a funcionarios y a empleados y el término empleado define también al de funcionario.

Servidor público tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase empleado público usado anteriormente. Tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Las diferencias están, según opinión mayoritaria, en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria (en el caso del funcionario le rige una base estatutaria unilateral); el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos, profesionales o para profesionales para tareas o misiones de integración y facilitador de la de los funcionarios públicos. En definitiva un

---

<sup>4</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública”, 3ª edición, Lima 2002. Editorial GRILEY EIRL, pp. 39 y 40



empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios.

La importancia para el derecho penal de la distinción entre funcionario y servidor público radica en el régimen de responsabilidades penales distinto para uno y otro, o existente para uno e irrelevante para otro.

## **2. La autoridad**

El Código Penal peruano usa a menudo el término “autoridad” para aludir a un sujeto público que resulta afectado en la funcionalidad de sus actos con el comportamiento delictivo (Ej. Artículos 365, 370, 372, 375, 378, 379, 391, 407). Sólo en el artículo 410 se refiere a la “autoridad” para titularizar al sujeto activo del delito. Fuera del Código Penal el uso del término es igualmente apreciable en otros cuerpos normativos y en leyes especiales.

Toda autoridad por definición es un funcionario público, sólo que dotado de mando y jurisdicción, ya sea a título personal o institucional, es decir, de un especial poder de decisión que lo sitúa en una relación de supremacía en relación a otros funcionarios y a los subordinados, pudiendo ejercer coerción, dar órdenes y exigir obediencia en base a normas de derecho público en un contexto territorial determinado. No todo funcionario público se halla premunido de dichos poderes, menos aún el empleado o servidor público. Son autoridad en el Perú el gobernante o presidente de la República, los Ministros de Estado y aquellos funcionarios públicos con rango de Ministros, los Magistrados del Poder Judicial en todas sus instancias, los miembros del Tribunal Constitucional, los del Consejo Nacional de la Magistratura, los del Jurado Nacional de Elecciones, los Alcaldes y Regidores, los jefes y comandantes de las fuerzas militares policiales, los Prefectos, Sub Prefectos, Gobernadores y Tenientes Gobernadores, entre otros.

## **3. Trabajador Público**

Trabajador público no es propiamente una terminológica técnica en derecho público y su uso se presta a confusiones, dado el carácter genérico y vago del término “trabajador”.

El término “trabajador público” puede comprender tanto a todos los que intervienen o participan en asuntos del Estado, desde los funcionarios, pasando por los empleados y asesores, hasta el personal de mantenimiento; en sentido restrictivo puede abarcar sólo a estos últimos, es decir, a los operarios y obreros al servicio del Estado. Puede ocurrir también que, como se desprende del artículo 39 de la Constitución Política de 1993, incluya a los servidores o empleados públicos y al personal de menor rango más no a los funcionarios. El Código Penal, felizmente, ha desestimado el uso de una construcción lingüística tan imprecisa y sujeta a ambiguas interpretaciones.

#### **4. Los asesores**

Son asesores todas aquellas personas calificadas por su técnica, ciencia o profesionalismo que contribuyen a formar decisiones con sus informes, consejos especializados, diseños, proyectos, planes, etc. Un asesor, en estricto, por naturaleza no es funcionario público, al carecer de la titulación e investidura al respecto; su marco de actuación, luego de su contratación, se halla claramente delimitado al no estarle facultado tomar decisiones u ordenar, ni poseer la normal capacidad de disposición del que goza todo funcionario en el manejo de los asuntos públicos. El hecho que existan asesores que toman decisiones por sobre o por los funcionarios, es obviamente una situación irregular y anómala. En el Perú se da una situación especial cuando un asesor de alta dirección (gobierno central, ministerios, instituciones autónomas, etc.) es designado vía Resolución Suprema y resulta asimilado a la calidad de funcionario, pudiendo ser este asesor un empleado de carrera o un tercero ajeno a la entidad pública.

Nada impide que existen funcionarios públicos asesores o servidores públicos que cumplan función de asesoramiento o incluso un particular que ocupando un cargo de confianza asesore, pero no puede haber desde la perspectiva administrativa un asesor que haga las veces de funcionario; en todo caso, se tratará de un usurpador incurso en actos que pueden ser de relevancia pena.

No obstante, desde el Derecho Penal, el asesor que tienen asignado por delegación de autoridad o funcionario competente el ejercicio de una determinada función pública, resultan imputables, en el marco de las competencias asignadas, por la comisión u omisión de delitos de infracción de deber, a título de funcionarios públicos, conforme al concepto amplio y extensivo que se maneja en dicha área punitiva.

## **II.I Concepto administrativo de Funcionario Público**

El Estado regula estos conceptos a través de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Supremo N° 005-90-PCM Art. 4) “considérese funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía” y la Ley del Sistema Nacional de Control (Ley 26162) que define al funcionario público como todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con alguna de las entidades comprendidas en el artículo 3° de la presente Ley, y que en virtud de ello ejerce funciones en las entidades comprendidas en el artículo 3° de la Ley.

Es funcionario público quien reúne los siguientes requisitos y notas características:

### **a) Origen del Título:**

Que su ingreso a la función pública se haya producido por: **a) elección popular (Congresistas, Alcaldes, Regidores, Presidentes de Región, elección de cuerpos colegiados del JNE, CNM, autoridades universitarias), b) nombramiento o delegación hecha por autoridad competente (Ministros, Defensor del Pueblo, miembros del TC, parte del directorio del BCR, jueces y fiscales, mandos castrenses), c) disposición legal (cuando fallece o cesa por incapacidad moral el Presidente, la Constitución Política contempla en artículo 115° que asuma la Presidencia el Primer Vicepresidente o en su defecto el segundo Vicepresidente o en caso extremo el Presidente del Congreso) y d) Delegación: Cuando un funcionario transfiere temporalmente dicha calidad a otro funcionario o un Superior jerárquico decide que el funcionario inferior asuma otra cargo complementario (Art. 107 de la Constitución).**

Por disposición inmediata de la ley significa que el título no debe ser entendido solo en el sentido de que el nombramiento sea impuesto directamente por la ley sino también cuando la ley otorga la cualidad de funcionario a los que accedan a determinados cargos, siendo nombrados éstos por un decreto, un reglamento o incluso por una orden ministerial.

En el ámbito de título por elección, se cuestiona si sirve cualquier tipo de elección o tiene ésta que reunir unos caracteres determinados y dado que el derecho de sufragio se regula por ley, sólo podrá considerarse válidas a efectos de atribuir la condición de funcionario público a efectos penales a aquellas elecciones que estén reguladas por una norma de dicho rango.

Por nombramiento de autoridad competente, aquí está referido a los cargos de libre designación, a aquellas personas que acceden a la función pública sin haber concurrido al correspondiente concurso.

**b) El requisito de la formalidad del ejercicio de actos de función:**

Luego de la selección, nombramiento o fijación legal se activa el proceso de investidura como modo formal de incorporación efectiva a la estructura estatal que conlleve como consecuencia a la asunción del cargo u oficio previo juramento generándose a partir de allí el ejercicio legal de las funciones así como derechos, prerrogativas y responsabilidades.

**c) La existencia de la función pública:**

Que exista continuidad en el ejercicio de la función pública, que no se trate de un funcionario sin función o con función esporádica.

**d) Actividad Remunerada:**

La remuneración justa, digna y matizada es una condición del sistema de la administración pública que depende del Estado y no de los particulares o interesados.

**e) Representatividad Estatal:**

Los actos del funcionario deben constituir o expresar la voluntad estatal (en sentido amplio), en sus actos despliega y ejecuta labor estatal, encarna la voluntad pública y la representa ante la ciudadanía y de ser el caso en el exterior, por eso debe estar dotado de profesionalismo, honestidad y objetividad.

**f) Poder de Decisión:**

El funcionario público debe tener poder de decisión en el marco de su competencia y de acuerdo a su jerarquía y nivel. Algunos funcionarios tienen un gran poder (mandatarios y autoridades) y otros tienen facultades decisorias más restringidas y menores.

## **II.II. Concepto de Funcionario desde la convención Interamericana de la Corrupción**

Rojas Vargas , Fidel<sup>5</sup> en su libro “ Delitos contra la Administración Pública”, enmarca la definición de funcionario público basándose en la “Convención Interamericana Contra la Corrupción” documento aprobado y firmado por 23 países de América Latina el 29 de marzo de 1996 en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana realizada en Caracas, aprobada por el Congreso Peruano con fecha 05 de marzo de 1997 y ratificada el 21 de marzo de 1997 describe al funcionario público en el artículo I en los siguientes términos: “Funcionario público/Oficial gubernamental/Servidor público: Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

### **En esta definición descriptiva destacan 03 elementos:**

- a) El intento de homologar diferentes locuciones empleadas en las diversas naciones latinoamericanas para comprender a los agentes públicos (funcionarios y empleados)
- b) Incluir en el concepto a aquellas personas que han sido seleccionadas, designadas o electas para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o a su servicio.
- c) Vincular y comprender todos los niveles jerárquicos en los que se hallen los funcionarios.

El segundo ítem merece especial atención porque en él se está creando una nueva clasificación de funcionario público distinta a la que existe en el derecho Administrativo y al concepto penal extensivo de funcionario público que poseen la mayoría de los códigos penales latinos. En virtud del artículo I de la Convención todas aquellas personas que han sido seleccionadas, designadas (nombradas) o electas para desempeñar actividades o funciones a nombre o a servicio del Estado son, a los fines de la Convención, funcionarios públicos. Tales fines no son otros que los

---

<sup>5</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública”, 4ª edición. Editorial GRIJLEY EIRL, pp.145-146.

intereses conjuntos de los Estados miembros de la OEA en la lucha contra toda forma de corrupción funcional.

Tal noción prescinde de la investidura y del ejercicio funcional de atribuciones, que son inherentes a una concepción estricta o administrativa de funcionario público. Se han adelantado las barreras penales de protección al bien jurídico “administración pública” en grado considerable haciéndolas radicar en las fases de selección, nombramiento o elección (según la fuente de origen del funcionario) que le son previas a la existencia formal del funcionario público y que en el caso de la selección constituye a juicio de Fidel Rojas una excesiva y debatible normativización.

- 1) El concepto estricto y administrativo, que exige título, incorporación y ejercicio de función.
- 2) El concepto penal extensivo, que sobre la base de la noción administrativa amplía el concepto a todos quienes participan en la actividad funcional y 3) Un concepto adelantado y de emprendimiento que sólo exige título (nombramiento-elección) y la existencia de un acto administrativo (la selección).

Sin embargo, la vigencia del concepto anticipado o adelantado de funcionario público manejado por la Convención Interamericana contra la Corrupción se halla en un entredicho con las definiciones sobre funcionario público elaboradas consensuadamente, tras períodos de intenso debate por la Convención de las Naciones Unidas el 09 de diciembre de 2003 en la ciudad de Mérida (México) en donde en su artículo 2º precisa que por “funcionario público” se entenderá: “i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado

o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública y c) Por “funcionario de una organización internacional pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”.

### **II.III. Funcionarios de las Empresas Públicas y de las Sociedades de Economía Mixta: Interpretación Literal o Teleológica del artículo 40 de la Constitución**

**ROJAS VARGAS, Fidel (2007)**, hace referencia entre un funcionario público y un servidor público de empresas y si el segundo puede ser merecedor de sanción penal según nuestro código sustantivo, en la cual se remite al artículo 40 de la Constitución Política del Perú para la aclaración correspondiente y establece que el tema en cuestión radica en si los funcionarios y servidores de las empresas del Estado o de aquella donde éste tiene un capital mayoritario junto al capital privado (sociedades de economía mixta) tienen el status y la calidad de funcionarios y servidores públicos y si tales agentes son imputables penalmente por delitos de función o en todo caso, por determinados delitos de función.

El problema se inicia con la dación y puesta en vigencia de la Constitución Política de 1993, en cuyo artículo 40, segundo párrafo, se consigna el enunciado de que “no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”, lo que en una interpretación inmediata y literal implica un explícito enervamiento del texto original del inciso tercero del artículo 425 del Código Penal que había entrado en vigencia en 1991 y que a la letra decía: “Se consideran funcionarios o servidores públicos: a) Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado”. Teníamos así un enunciado que por jerarquía constitucional abrogaba el dispositivo normativo ordinario de la ley penal hecha alusión.

Surgió así el primer conflicto en base al sentido gramatical sintáctico del texto constitucional en referencia para declarar inaplicable el inciso 3º del artículo 425 del Código Penal, con el argumento que ha sido derogado tácitamente por la Constitución Política, declarándose el principio de jerarquía normativa y de respeto a la Constitución, consecuentemente, numerosas excepciones de Acción formuladas en los proceso penales por delitos funcionales (peculado, concusión, cohecho, etc.) seguidos contra agentes públicos de las empresas del Estado y de la sociedades de

economía mixta fueron declaradas fundadas, disponiéndose el archivo definitivo de las causas.

Frente a esta interpretación literal, surgió la interpretación sistemática y teleológica, que empezó a poner en tela de juicio la posición reduccionista seguido por un fuerte sector de vocales supremos a quienes se atacó de abrir un marco de impunidad inaceptable para funcionarios y servidores públicos de las empresas estatales y mixtas. Esta interpretación considera que es un contrasentido que la Constitución Política permita algo que en artículos conexos prohíbe, esto es, que se auto colisione o que se despenalice comportamientos funcionales de quienes manejan fondos del Estado en los entes empresariales del mismo (artículo 40, 2º párrafo), posibilitando la comisión de numerosos ilícitos penales referidos a tal manejo y que a la vez se exija a los funcionarios y servidores en general que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste hacer declaraciones juradas de bienes y rentas (Art. 41) estableciéndose sobre los mismos sistemas y políticas de control y fiscalización a través de los organismos públicos competentes (Art. 82), además de indicar taxativamente que el Estado puede subsidiariamente realizar actividad empresarial directa o indirecta.(Art. 60)

El segundo argumento de fuerza de la interpretación sistemático teleológica se dirige a justificar racionalmente la existencia de la exclusión de tales funcionarios y servidores de la función pública, señalando que el mensaje del 2º párrafo del artículo 40 de la Constitución no está centrado en la idea de cancelar la titularidad pública de los funcionarios y servidores que desempeñan funciones y servicios en los entes empresariales del Estado sino en fundarla exclusivamente en fines previsionales en el contexto del ámbito administrativo, vale decir, en precisar constitucionalmente cuestiones relacionadas a aspectos derivados de la carrera administrativa (principalmente el evitar que numerosos trabajadores se acojan a los alcances del Decreto Ley N° 20530).

Un tercer argumento precisa que la interpretación de las normas jurídicas no debe descansar sólo en criterios gramaticales sino y sobre todo en consideraciones teleológicas y concordadas. Lo teleológico se ve así optimizado con el análisis sistemático de otros artículos de la Constitución y con los principios de honradez y eficacia en la administración y gestión económica empresarial del Estado. Un cuarto argumento es que en el Derecho Penal el concepto de funcionario y servidor público es de naturaleza extensiva, de tal forma que si se castiga a particulares que manejan



fondos públicos o destinados a fines públicos no existe razón alguna para no hacerlo con los agentes de las empresas estatales o de aquellos que manejan fondos estatales en las sociedades de economía mixta.

Entonces los funcionarios de las empresas estatales y los de sociedades de economía mixta ejercen realmente función pública si manejan y disponen de patrimonio público o comprometen dicho patrimonio en negociaciones con empresas privadas. Tanto un funcionario estatal como uno de empresa pública pueden por igual cometer un cohecho o una colusión desleal, un delito de interés indebido en concentraciones públicas, un peculado o una malversación o un enriquecimiento ilícito. Resulta difícil en cambio, admitir que los funcionarios de las empresas estatales o mixtas puedan ser imputados válidamente en determinadas modalidades de abuso de autoridad, por lo menos en lo que concierne a los funcionarios de las empresas estatales o mixtas cuyas funciones se hallen en un contexto de actividad lucrativa directa o exclusivamente repercutible por las estructuras orgánicas burocráticas de la entidad.

#### **II.IV Concepto de Función Pública (Noción Jurídico Penal)**

El estado realiza a través de sus órganos, numerosas actividades que por el destino de las mismas, la sociedad y sus intereses en conjunto (la fuente de la que emanan (el poder estatal), su gran importancia e incidencia en la vida nacional, se las ha denominado función pública.

La función pública, como institución de derecho público, es un conjunto de actividades de contenido jurídico con destinatarios definidos, es decir, legalmente previstas, reguladas normativamente, asignadas en su planeación y cumplimiento a determinadas personas y órganos e identificadas con los fines de la administración pública y por lo mismo del Estado.

Rojas Vargas, Fidel, en su libro “Delitos Contra la Administración Pública”, cita a Villegas Basabilbaso, Benjamín, en la cual éste establece que existen diversos sistemas de función pública, las cuales son:

- Las funciones públicas además de tener su sustento normativo constitucional son actividades de total exigencia necesarias para la existencia de un estado, de ahí que sus beneficios sean utiuniversi. El ejército, la policía o el servicio exterior son tan necesarios para el orden jurídico del Estado que sin ellas no

podría existir como ente jurídico. Las funciones públicas sustentan la existencia del estado, los servicios públicos sustentan la existencia del bienestar general de los habitantes de un estado, de ahí que satisfaga necesidades.

- La idea de la función pública implica necesariamente actividad y cuando ésta es referida a los órganos del estado, la función pública, desde el punto de vista sustancial, esto es, en relación con el contenido de la función, es ejercida por los órganos legislativos, administrativo y jurisdiccional, de acuerdo con la distribución que preceptúe el ordenamiento jurídico constitucional
- Es el ejercicio de las atribuciones esenciales del Estado, realizadas como actividades de gobierno, de poder público que implica soberanía e imperio, y si tal ejercicio en definitiva lo realiza el estado a través de personas jurídicas, el empleado público se identifica con el órgano de la función pública y su voluntad y acción trascienden como voluntad o acción del Estado.
- Dentro del marco de los cometidos estatales debemos distinguir entre funciones fines (estatales) y funciones medios (del poder). Las funciones estatales conforman una categoría única de prestaciones y actividades públicas para alcanzar el fin de la comunidad política: el bien común. Las funciones del Estado se identifican con los fines de la actividad estatal y traducen la imperativa ejecución de actividades de carácter material para el logro de los objetivos de la comunidad política.
- La expresión de función pública, es sinónima del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación.
- Es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
- Es la práctica concreta en la cual debe intervenir el gobierno, los trabajadores públicos (servidores y funcionarios públicos) y el resto de la colectividad en base a principios de eficacia social, compromiso y participación.
- Es el conjunto de actividades que se realizan para el cumplimiento de las funciones del estado y las políticas del gobierno.
- Se trata de la actividad que realizan los funcionarios del Estado dentro del marco de las normas legales y reglamentarias correspondientes y con el propósito de manejar el aparato estatal para el cumplimiento de sus fines, ofreciendo básicamente el servicio público que requiere la población.

De las definiciones, se puede inferir que la noción penal de función pública no es propiamente una recreación teórica del concepto, sino que parte de la realidad que se observa en el variado y amplio terreno de la Administración Pública que ha incrementado sus actividades y se ha flexibilizado en grado extremo las vinculaciones de las personas.

### **Función pública**

Existen dos grandes bloques o sistemas de funciones, un primer nivel abarca tres macro funciones estatales de poder: ***la función legislativa de naturaleza normativa y fiscalizadora; la función administrativa de gobierno, de naturaleza ejecutiva-dispositiva y la función jurisdiccional, eminentemente judicial y decisional en relación a los conflictos de intereses sometidos a un ámbito de atribuciones.***

Los órganos del estado realizan un sinnúmero de funciones como la dación de leyes, la defensa de la soberanía, el orden interno, los procesamientos judiciales y la expedición de sentencia, el planeamiento y dirección de la marcha económica del país, la promoción del bienestar general, la educación, el desarrollo del agro y la industria nacional, etc. Los órganos legislativos, de gobierno o ejecutivo, jurisdiccional y electoral concentran la mayoría de las actividades públicas fundamentales. Las instituciones militares y policiales, a su vez, se reservan las funciones de defensa de la soberanía y de orden interno, teniendo su fuero propio para la sustanciación de las infracciones relevantes. Los organismos autónomos y las entidades descentralizadas y los organismos de poder regional y local, ejercen igualmente funciones público-estatales y otorgan servicios públicos, las municipalidades tienen delimitadas sus funciones por la ley N° 23853 (Ley Orgánica de las Municipalidades), los cuales incluyen el fomento del bienestar de los vecinos y el desarrollo integral y armónico de las circunscripciones de su jurisdicción.

### **Concepto Penal de Funcionario Público**

En nuestro ámbito, **el artículo 425** del Código Penal peruano no da ninguna definición normativa de funcionario público, lo que sí hace es ofrecer un listado genérico de niveles de funcionarios y de servidores para imputar responsabilidad penal, por lo que no existe taxativamente un concepto propio de funcionario público expresamente descrito o positivizado que permita oponerlo o diferenciarlo del que existe en la administración pública. Léase: “Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza. Incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”

El Código Penal no ha definido de forma expresa y descriptiva qué es lo que entiende por funcionario público pero sí ha posibilitado vía interpretación la noción de funcionario público para efectos penales, es decir, para imputarle cargos delictivos y fijar sanciones.

Se tiene en cuenta también que El artículo 425º descansa sobre un concepto estrictamente administrativo en su primer nivel (“los que están comprendidos en la carrera administrativa”), luego es ampliado a los que desempeñan cargos políticos o de confianza, los que ejercen funciones en entidades u organismos del Estado mediante vínculo laboral o contractual con independencia del régimen laboral en que se encuentren, los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, los miembros de las fuerzas armadas y policiales, los demás indicados en la Constitución y la Ley.

Por su parte, el **artículo 386** transfiere la calidad de funcionario a los peritos, árbitros y contadores particulares, tutores, curadores y albaceas tomando en cuenta los aportes de dichos sujetos particulares en la configuración de los delitos de colusión desleal y patrocínio ilegal; el artículo 392º hace lo mismo con administradores y custodios de beneficencias, depositarios de dinero o bienes y toda persona o representante legal de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Esta doble técnica demarca claramente la especificidad de las aplicaciones de los Artículos 386º y 392º a diferencia de las implicancias del artículo 425 que por su generalidad ofrece la posibilidad de ser aplicados a un elenco más amplio de sujetos y situaciones.

Al respecto, **FIDEL ROJAS VARGAS (2007)**, opina que se ha incurrido en varias contradicciones al efectuar una doble regulación punitiva (artículo 425.4 y artículo 392) de los administradores y depositarios de caudales (dinero, bienes) embargados, esto es una norma general y una norma especial para un mismo supuesto, complicando la existencia del depositario judicial en el marco del delito de apropiación ilícita (artículo 190º).

El autor, resume que el concepto normativo de “funcionario público” utilizado en la esfera penal excede los alcances de la definición efectuada en el ámbito administrativo que sólo considera la elección y la designación por autoridad competente como fuentes de creación del mismo, existiendo en cambio en el derecho penal una tercera fuente productora del funcionario público a efectos penales: la determinación de las normas penales: 386º, 388º, 392º y 425º del Código Penal. Dispositivos que extienden tipicidad y asignan la calidad de funcionario a una serie de sujetos particulares en razón a su particular ubicación frente al bien jurídico o en razón a los aportes para configurar la conducta típica de dichos delitos funcionales.

### **III. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER**

En estos delitos no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública. Por esta razón, «el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no». Quiere decir que, por ejemplo, el magistrado que se sirve de un tercero para recibir un donativo de una de las partes que sólo quiere obtener la sentencia a su favor, comete un delito de infracción de deber (corrupción de funcionarios, Art. 395 CP), no obstante no tomar él personalmente el donativo. Aquí el dato del dominio y la calidad de magistrado no son el fundamento del injusto, sino la infracción del deber de administrar justicia con imparcialidad y honestidad que constituyen la expectativa elemental de justicia en un Estado de Derecho, que debe ser garantizada mediante la aplicación correcta de la ley por todos los jueces.

El profesor Raúl PARIONA ARANA señala que “es recién con la teoría de los delitos de infracción de deber, que la problemática de la autoría y participación, encuentra una solución clara y convincente. Según los postulados de esta teoría, el hombre de atrás intraneus es el autor (mediato) mientras que el hombre de adelante extraneus es

solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el intraneus (el obligado) puede fundamentar la autoría. Aquí, por supuesto, no juega ningún rol el dominio del hecho”.

En el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, siendo irrelevante la forma de cómo ha de ejercitarse la acción. En cambio, en el ámbito de los delitos especiales la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico; como los elementos de configuración de la acción vienen dados por el tipo, entonces no hace falta que el autor sea portador de ningún deber. Además los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio, cuestión que se hace evidente cuando el tipo penal, al cerrar los contornos de sus fronteras mediante la descripción de las cualidades del autor y de la forma en que la acción ha de ser desarrollada, permite que el autor se mueva dentro del tipo como dueño y señor del hecho, siendo relevante para la configuración del injusto las lesiones en los bienes de terceros que se deriven de la incorrecta administración de su ámbito de organización .

En igual forma el autor Raúl PARIONA ARANA señala “que se tratan de dos categorías conceptuales diferentes, que se ubican en planos distintos y que surgen de dos modos diversos de clasificar los delitos, a saber, “delitos comunes/delitos especiales” y “delitos de dominio/delitos de infracción de deber”. Si bien en muchos casos ambas categorías coinciden formalmente, ellas tienen contenidos y funciones diferentes. Los “delitos de infracción de deber” suponen siempre y necesariamente un deber especial en la persona del autor. Se trata de un deber especial de carácter penal que es extraído del tipo y que impone al autor la obligación de protección al bien jurídico, ejemplo Art. 190°, 393° y 213-A del C.P. En cambio en los delitos especiales, el autor no es necesariamente portador de un deber especial, ejemplo Art. 415° C.P (Amotinamiento)”.

La tesis de la Infracción del deber ha sido planteada como el núcleo totalizador de la autoría en los delitos cometidos por funcionarios públicos de modo que carece de importancia que el sujeto especial domine materialmente el hecho delictivo. Por otro lado se establece que los particulares no podrán ser autores o coautores, así dominen materialmente la totalidad del hecho, ya que no quebrantan un deber, se imputaría autoría al funcionario sin necesidad de verificar que haya realizado actos

ejecutivos, bastando sólo comprobar si quebrantó o no un deber de su cargo o empleo.

### **III.I AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER**

#### **a) El autor**

**Pariona Ariana, Raúl citando a José Antonio Caro Jhon**, menciona que en esta categoría de delitos, el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe. Esto es así porque “el injusto jurídico-penal en este modelo institucional de imputación es sólo la lesión de un deber especial, con el consiguiente resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto”. “La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o de quién menos. Los delitos que cometan los obligados especiales sólo pueden configurar autoría mas no así participación; por tanto, la distinción entre autoría y participación es un asunto que pertenece al ámbito de los delitos de dominio porque sólo el dominio puede ser cuantificado y en función de ello determinarse la magnitud del aporte. Como el deber no conoce ninguna cuantificación, él se refiere más bien a una cuestión cualitativa antes que cuantitativa. Por esta razón en los delitos de infracción de deber el obligado especial responde no en razón de la accesoriedad, sino porque él mediante su conducta ha lesionado «el mundo en común» que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección”.

Por ello, sólo quien sea funcionario público y tenga, además, la vinculación funcional por razón del cargo con los fondos o efectos públicos deberá de estar en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionariales para efectos de imputarle la autoría por el delito de Peculado.

Por otro lado, para ser catalogado sujeto activo o autor del delito, no solo debe incurrir en la infracción de su deber especial por razón de su cargo, sino que tiene que cumplir con los presupuestos normativos del tipo penal de peculado, uno de ellos es la relación funcional, presupuesto esencial que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. El vínculo 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 la relación funcional<sup>6</sup>.

**Ramiro Salinas Siccha (2013)**, menciona que solo podrán ser considerados autores aquellos que infringen el deber funcional especial penal, los demás que participan con él, solo podrán ser partícipes del delito de peculado. Además indica que si el sujeto no es titular de dicha esfera, solo habrá el delito de hurto

#### **b) Rechazo de la accesoriedad de la participación**

La accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber, ella pertenece más bien a los delitos de dominio.

### **III.II EL ROL DEL EXTRANEUS**

El extraneus es aquella persona que mediante aportes de contribución al delito cometido por el intraneus (obligado especial), no puede en ningún caso ser autor o coautor del delito especial de peculado.

Puede ser un particular ajeno a la administración pública tanto porque no está incorporado a ella porque no participa en modo alguno en ejercicio del servicio o función pública, tampoco mantiene un vínculo funcional de obligado con el bien jurídico específico (con la administración del patrimonio público), de modo que puede establecerse dos tipos de extraneus. 1- La persona particular común sin vinculación institucional de ninguna clase con la administración pública; 2- El funcionario o servidor público que en determinados tipos de infracción del deber carece de vinculación especial que exige el tipo penal para ser autor o coautor, en sentido simple, el tipo penal exige que el funcionario se halle vinculado con el objeto material del delito a través de las frases “por razón de su cargo”, “bajo su custodia o administración”, etc.

El extraneus en términos propios carece de deberes especiales con la administración pública, no tiene la obligación de asegurar el bien jurídico protegido, ni fomentar el desarrollo de la institución de la administración pública, no quebranta roles especiales, no puede ser sujeto activo de los delitos de infracción del deber de modo comisivo y omisivo. Por otro lado, en términos impropios, el extraneus si tiene un vínculo con la

---

<sup>6</sup> R.N 615-2015- LIMA, pág. 11



administración pública relacionada a deberes de aseguramiento y fomento, pero de acuerdo al tipo penal que restringe la autoría, la calidad de funcionario o servidor público no lo es suficiente para ser obligado especial, al carecer de componentes normativos que el tipo penal establece<sup>7</sup>.

### **III.III LAS TESIS DE LA AUTONOMIA O UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN**

#### **A. Autonomía o ruptura del título de imputación**

Esta teoría establece que, el extraneus ajeno a la administración pública, al carecer de las condiciones de funcionario o servidor público y al no estar vinculado con dicha administración por deberes de aseguramiento no puede ser imputado por delito de función a título de complicidad, ya que al tratarse de delitos de infracción de deber funcional, el ámbito de los autores o cómplices deben imputarse a quienes ostentan dichos deberes en grado de vinculación estricta en relación a la administración pública.

Los tipos penales de delitos especiales se refieren exclusivamente a los intraneus, comunes homologables o subyacentes a los especiales. Es esta forma, el particular que colabora dolosamente con un funcionario público en la comisión de un peculado, responderá como autor de un delito de hurto, más no por el tipo de complicidad en peculado. Nótese que para atribuir el grado de responsabilidad, esta tesis recurre al dominio del hecho, pues el intraneus será autor del delito especial y el extraneus partícipe del delito común subsidiario, en tanto aquél posea el dominio del hecho. Por el contrario, si es el extraneus quien detenta el dominio del hecho, el intraneus será partícipe del delito especial, mientras que el extraneus será autor del delito común. En el Perú, es tesis sólo puede ser sostenida en la medida que se entienda que la regla del art. 26 del CP consagra la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad como de los elementos típicos. Empero, conforme sostiene Quintero Olivares, tal interpretación carece de base, pues rompería con el principio de accesoriadad de la participación, ya que se arribaría a la solución artificial de imputar al extraneus e intraneus delitos distintos, cuando en puridad se trata de un solo hecho punible<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> ROJAS VARGAS FIDEL, Delitos Contra la Administración Pública, 4ª edición, Editorial GRILEY EIRL, 2007, p.195.

<sup>8</sup> Información extraída de la página web <http://www.monografias.com/trabajos17/delitos-especiales/delitos-especiales.shtml>.

## **B. Unidad del Título de Imputación**

Esta tesis establece que todos quienes concurren a la comisión del delito especial, con diferente naturaleza en sus aportes sea en calidad de autores, coautores o partícipes, responden por el mismo delito a título de autores o partícipes, sin necesidad de que se tenga que fracturar la imputación en dos delitos distintos, uno por los autores vinculados, otro común por los partícipes extraneus. Esta tesis se halla ligada en la tesis de accesoriedad limitada de la participación que contempla varios códigos penales occidentales, accesoriedad que implica no aceptar la autonomía del injusto del partícipe, ya que depende del injusto del autor que comete el hecho ajeno al partícipe. Cabe mencionar que lo antes indicado está asumida en la jurisprudencia nacional actual<sup>9</sup>.

Asimismo admiten la sanción del extraneus como partícipe del delito especial, sea propio o impropio, cometido por el autor intraneus. Esta posición se apoya en la vigencia del principio de accesoriedad limitada" de la participación respecto de la autoría, a la par que se reconoce que la incomunicabilidad prevista en el art. 26 del CP únicamente opera frente a las circunstancias modificativas de responsabilidad, más no ante las que fundamental el injusto<sup>10</sup>.

A nuestro juicio, la aplicación del principio de accesoriedad limitada tiene plena vigencia y aplicación en el Código Penal nacional, pues como se ha mencionado, la incomunicabilidad de las circunstancias de participación debe circunscribirse exclusivamente a aquellas cualidades que afectan la culpabilidad y punibilidad. Esta posición tiene refrendo en la doctrina nacional.

Ahora bien, esta teoría y la tesis de la ruptura del título de imputación tienen un punto de encuentro. Ambas teorías hacen depender la imputación de la autoría de quien haya ejecutado los hechos con dominio del hecho. Así, según la tesis de la unidad del título de imputación, si el dominio del hecho fue detentado por el intraneus y el extraneus intervino prestando un auxilio doloso, este último será partícipe del delito especial perpetrado por aquél. Por el contrario, si el dominio del hecho lo detentó el extraneus, entonces el delito cometido será común, y el intraneus será partícipe de este delito común.

---

<sup>9</sup> ROJAS VARGAS FIDEL, Delitos Contra la Administración Pública, 4ª edición, Editorial GRILEY EIRL, pp.198.

<sup>10</sup> Ibidem.

### **III.IV LA DUPLICIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL EXTRANEUS**

En el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 se determinó si la prescripción varía en relación a la duración, ya tenga la condición de autor (intraneus) o participe (extraneus), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho ilícito, en ese sentido se diferenció entre quienes podrían ser denominados autores y partícipes, así como la función que cumplen en un hecho ilícito.

Se menciona que quien es catalogado autor del delito, no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto, la sola infracción del deber lo convierte en autor (disponer correctamente del patrimonio estatal que administra). Asimismo, respecto a los extraneus, éste no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal.

De tal modo que se infiere que el extraneus por no tener un deber especial dentro de la administración pública que vincula al funcionario o servidor público no será merecedor de un mayor reproche penal en vinculación con la dúplica de la prescripción, solo corresponderá la circunstancia agravante al que ostente el título de autor del delito<sup>11</sup>.

#### **3.1.2. DEFINICIONES CONCEPTUALES.**

##### **El dolo Y la culpa**

En los delitos contra la administración pública que pueden ser cometidos por particulares y por funcionarios están establecidos sobre la base del dolo. El dolo es un elemento de naturaleza subjetiva esencial al delito, porque sin él el castigo se justificaría en función tan sólo a resultados.

El dolo implica:

- Aquella voluntad de actuar, la existencia de la facultad interna para autodeterminarse en sentido contrario a la norma.
- Conocimiento de lo que se está realizando u omitiendo y de que ello contraviene la ley o norma penal. Es decir el conocimiento que debe tener el sujeto activo de lo que está haciendo o del peligro que presenta su

---

<sup>11</sup> Información recaba del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, párrafo 16-17

comportamiento para el bien jurídico, constituye un factor de primer orden, sobre todo en los delitos cometidos por funcionarios por encima de los ordinarios) para configurar la tipicidad subjetiva del injusto y por lo mismo del delito.

- La dirección del comportamiento hacia el logro del objetivo asumiendo o buscado específicamente, pese a conocer y saber que se está vulnerando la norma y afectando el bien jurídico.

En los tipos penales por lo general requieren como componente subjetivo mínimo la presencia del dolo eventual, es decir, aquel comportamiento asumido como propio del sujeto activo del delito, pero sin que se busque como objetivo específico el logro del resultado típico, aquel sujeto que representa el hecho y lo asume, aunque su voluntad no se halle intencionalmente comprometida.

En otros tipos penales exigen la presencia del dolo directo en los actos del agente, cuando el agente dispone de sus actos para alcanzar el propósito u objetivo buscado, la voluntad está encaminada directamente a lograr el fin.

Por otro lado, respecto a la culpa, junto al dolo es un presupuesto de culpabilidad o responsabilidad penal. Posee gran relevancia en el ámbito administrativo, donde son numerosas y variadas las transgresiones cometidas por funcionarios o servidores públicos. En la esfera penal pocos son los comportamientos culposos que han merecido el interés político criminal.

ROJAS VARGAS, Fidel (2007), menciona que todo delito culposo requiere de la infracción del deber de cuidado que la sentencia del bien jurídico, el deber de garante o las circunstancias concretas exigen, en un segundo término, no por ello menos importante, la producción de un resultado lesivo. Además indica que la legislación penal no castiga la acción culposa de simple actividad, ni la tentativa material del delito culposo, construcción conceptual jurídicamente irrelevante.

### **El delito de peculado doloso en el derecho comparado.**

#### **El Derecho Penal Panameño establece:**

“El servidor público que sustraiga o malverse de cualquier forma, o consienta que otro se apropie, sustraiga o malverse de cualquier forma dinero, valores o bienes, cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo.

De acuerdo a la definición establecida se advertir que el delito de peculado se reduce principalmente a todas aquellas acciones realizadas por **un servidor público**, cuya finalidad **es apropiarse** de los bienes del Estado. Además, de ser un delito que solamente lo puede realizar un servidor público, éste conlleva a determinar niveles de corrupción en la Administración Pública Estatal. Además plantea algo interesante, como el hecho que el delito de peculado no solamente implica apoderarse del dinero sino de cualquier cosa que forme parte del patrimonio estatal.

#### **Delito de Peculado en el derecho penal Argentino:**

Art. 261 “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua el funcionario público que sustrajera, caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo”.

Se logra percibir de acuerdo a la definición que el sujeto activo recae en el funcionario público, semejante al nuestro con la diferencia que también se incluye al servidor público, para la configuración se verifica que el funcionario pública debe tener disponibilidad de los caudales o efectos que fueron confiados por razón de su cargo, recayendo en actos de administración, percepción y custodia.

#### **Delito de Peculado en el derecho penal Español.**

C.P de España 1973, art 394 “ El funcionario público que sustrajera o consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos que tengas a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones, será castigada : 1) con la pena de arresto mayor si la sustracción no excede de 30,000 pesetas; 2) con la de prisión menor si excediere de 30,000 pesetas y no pasare de 500,000 pesetas; 3) con la de prisión mayor si excediere de 500,000 y no pasare de 25000,000 pesetas; 4) con la de reclusión menor si excediere 25000,000 pesetas.

Se infiere que hay una distinción entre los verbos rectores, en la cual en nuestro código penal se establecen el verbo apropiar y utilizar, ambos sujetos al ámbito de apoderamiento de los caudales o efectos de la administración pública.

### **Uruguay (1933)**

C.P Uruguay, art. 153: El funcionario público que se apropia el dinero o las cosas muebles de que estuviere en posesión por razón de su cargo, perteneciente al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaria y con inhabilitación especial de dos a seis años”.

Se especifica el sujeto activo como funcionario público y el verbo rector apropiar, semejantes al código sustantivo nuestro, lo que hace diferencia es que establecen de manera más específica los bienes de apropiación, más no como los establece nuestro código penal en relación a los caudales o efectos, que dentro de ellos están conferidos los bienes muebles y otros.

### **Italia (1930)**

C.P de Italia (1930), art. 314: el funcionario o el encargado de un servicio público que teniendo por razón de su oficio o servicio la posesión o la disponibilidad de dinero o de otra cosa mueble, se apropia de ello o la distrae en provecho propio o ajeno, será castigado con reclusión de tres años a 10 años y con multas.

## **3.1.2.1 PECULADO DOLOSO EN EL CODIGO PENAL DE 1991**

### **TIPO PENAL:**

En nuestra normativa penal, el antecedente más reciente del tipo penal 387º lo constituye el artículo 346 del antiguo código penal de 1924. Posteriormente fue modificado por la Ley Nº 29703 del 10 de junio de 2011, la que fue derogada en parte por la ley Nº 29758 del 21 de Julio del 2011.

### **Arti. 387 del Código Penal:**

**“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años.**

**Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce 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 libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.**

**Si el agente por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte o cuarenta jornadas.**

**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 libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.**

## **I. ELEMENTOS OBJETIVOS**

El artículo 387º regula el peculado doloso como culposo, en relación al peculado doloso se define al hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza en cualquier forma, caudales o efectos públicos percepción, administración o custodia estén confiadas por razón de su cargo que desempeña al interior de la administración pública

**Las modalidades que el agente puede cometer el delito de peculado con dolo depende de los verbos rectores “apropiarse” o “utilizarse”.**

### **I.I. Peculado por apropiación**

Se configura el delito por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón de su cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El beneficiario será autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o un tercero ajena a la administración pública.

El autor no sustrae los bienes, los bienes ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto no administra los bienes aplicándolos a la función pública en el que fueron destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos Contra la Administración Pública, Edit Grijley, 2 Edic, cit p. 339

La apropiación también es una sustracción, un acto de dominio, tanto para sí como para otro, puesto que ambos supuestos se dispone de la cosa ajena si fuere propio, superando las dificultades correlativos al vínculo existente con la cosa ajena<sup>13</sup>. La forma de apropiación puede recaer en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos que producirán un incremento en el patrimonio del autor, también recae en actos de disposición inmediata.

Por ejemplo: el delito de peculado doloso en la modalidad de apropiación se configura cuando una persona que tenga la condición de administrador de una municipalidad distrital y al mismo se puso a su disposición del dinero de la caja municipal para que compre una caja registradora, dinero que no fue aplicado al destino antes indicado sino que aprovecho el dinero para su beneficio propio, asimismo recibió un dinero del área de tesorería con el fin que abra una cuenta corriente para la compra de buses, sin embargo dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido, posteriormente al detectarse dichas irregularidades, el encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante el descuento de su salario que percibía, pero no se recuperó la totalidad del dinero, por lo que se logra configurar el delito de peculado al aceptar posteriormente que se apropió del dinero debido a que su esposa se encontraba mal de salud.

## **I.II. Peculado por utilización**

Se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el ánimo y propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de terceros.

Muchos confunden el peculado en la modalidad de utilización con el peculado de uso, sin embargo la diferencia recae en el objeto material del delito, en la modalidad de utilización según el artículo 387 menciona caudales o efectos, en tanto en el artículo 388 de peculado de uso se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. Por lo que se tendrá que aplicar el artículo 387 si los bienes públicos no estén representado por los instrumentos de trabajo de la administración pública, si lo son se aplicará el artículo 388 (Peculado de uso).

Nuestro código penal aplica la teoría del Unidad del título de Imputación, ésta teoría menciona que si el agente garante del bien público o allegados a él se benefician con

---

<sup>13</sup> REATEGUI SANCHEZ, James, Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal, Jurista Editores E.I.R.L, Edic 2015, pag. 427.



el acto del tercero, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto el tercero por unidad del título de imputación será investigado y sancionado por delito doloso en grado de complicidad.

En relación a la modalidad de peculado por apropiación como por utilización se estableció como jurisprudencia vinculante: por apropiación estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al estado, apartándolo de la esfera de la función administración pública y colocándolo en una esfera privada para la disposición de los mismos. Por otro lado, respecto a la utilización se refiere al aprovechamiento, beneficio de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero<sup>14</sup>.

### **I.III. Perjuicio Patrimonial**

La jurisprudencia nacional se orientó en que todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización para que se evidencie el perjuicio patrimonial alguno, en este caso el delito de peculado no se configuraría si faltaría éste elemento objetivo.

Uno de los principales objetivos de la pericia contable, permitirá establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencia entre los ingresos y egresos de dinero

Para que se configure el delito de peculado es necesario que la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente haya causado perjuicio al patrimonio del estado o una entidad estatal.

### **I.IV. Destinatarios de la apropiación**

Los destinatarios son considerados como elementos objetivos del delito de peculado, el beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como “ para otro” que puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público

El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose el mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros.

---

<sup>14</sup> Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 de septiembre del 2005.

Para otro se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio del tercero.

El delito de peculado no siempre será un delito de apoderamiento que se agota en el sujeto activo, sino también puede comprometer a un tercero vinculado por nexos diversos con el autor o coautores del delito, teniendo como presupuesto en este último caso que el agente haya consumado el delito, se haya apropiado del caudal o efecto para tener luego la posibilidad de disponer del bien y destinarlo para un tercero en diversidad de expresiones fácticas.

#### **I.V. Relación funcional**

No cualquier funcionario o servidor puede incurrir en delito de peculado. Es presupuesto necesario de partida, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo.

La posesión 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).

Dicha posesión puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o dada por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.

Ello sirve así de marco de referencia obligado para delimitar penalmente el comportamiento del funcionario o servidor público, así como para precisar si nos encontramos ante un sujeto activo vinculado, es decir de un funcionario o servidor público obligado por la razón del cargo.

El contenido de la relación funcional pasa a ser así el más importante componente típico del delito de peculado, pudiendo ser resumido en los siguientes aspectos: **1)** existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar; **2)** relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente por dicho sujeto en virtud a las atribuciones de su cargo. Se produce aquí lo que se denomina las expectativas legítimas depositadas en el funcionario o servidor de un comportamiento fiel a la función y a derecho; **3)** poder de

vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos; y **4)** deber de garantizar la posesión (percepción, administración o custodia) a nombre del Estado. Es esta relación funcional en su gama múltiple de componentes la que legitima la entrega de los caudales y efectos que hace el Estado a los funcionarios y servidores públicos en expresión de confianza y la que posibilita la imputación por delito de peculado.

Según el Acuerdo Plenario N° 4-2005<sup>15</sup> indica 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 disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público, por lo tanto debe tener competencia funcional específica.

La competencia por razón del cargo para poseer caudales o efectos, constituye a su vez el componente normativo principal de la vinculación funcional requerido por el tipo penal.

#### **I.VI. Caudales o Efectos**

Se entiende por caudales a todos los bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero.

Según la hermenéutica, se entiende por caudal a toda clase de bienes en general con la única exigencia que tengan valor económico. Pueden ser todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica.

Por otro lado efectos, es todo tipo de documentos de crédito negociables (pueden ser introducidos al tráfico comercial). Los libros contables no pueden considerarse en manera alguna como caudales o efectos, porque los mismos no son susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad propia de la persona natural o jurídica.

Los caudales o efectos deben pertenecer o estar bajo la administración pública destinados a los fines propios del Estado, los bienes pertenecientes a un organismo

---

<sup>15</sup> Numeral 6 del Acuerdo Plenario N° 4-2005

internacional, no constituyen bienes del estado, por lo que no se adecuaría al delito de peculado.

El acuerdo plenario N° 4-2005<sup>16</sup>, estableció como precedente vinculante que los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero; y los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluidos los títulos valores.

#### **I.VII. Percibir, administrar y custodiar**

El contenido de la posesión que por su cargo ejerce el funcionario o servidor sobre los caudales o efectos se materializa a través de las tres únicas formas (o modos) de poseer establecidas en el tipo penal, las mismas que pueden darse juntas o separadamente y que objetivan de tal manera la relación funcional y lo diferencian del tipo penal común de apropiación ilícita, donde la fuente productora y vinculante de la posesión puede ser cualquier título al margen del nexo por razón del cargo público. La naturaleza jurídica de la posesión a tomar en cuenta en el derecho penal, como se ha indicado ya, hace mención tanto al poder de hecho sobre la cosa (tenencia) como también a la facultad de su disposición jurídica.

1. **Percepción.** Se alude con este término a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos. Lo que resulta discutible es si los bienes de particulares que ingresan a la administración pública en calidad de depósitos en garantía o para vigilancia pueden ser considerados bienes públicos y, por lo mismo, susceptibles de peculado.

Perciben caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a las administraciones públicas, contribuciones rentas o impuestos que ingresan a los fondos fiscales y/o público en sentido amplio.

---

<sup>16</sup> Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 de septiembre de 2005

2. **Administración.** La posesión confiada al funcionario o servidor, en este caso, implica funciones activas de manejo y conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. Rigen aquí las reglas civiles extra penales para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la administración pública, sean públicos o de particulares. Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judicialmente nombrados, los funcionarios o servidores del Banco de la Nación a cargo de los depósitos judiciales, etc.
3. **Custodia.** Esta forma típica de posesión implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. Custodiar se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o servidor público. Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público, por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural.

#### **I.VIII. Bien Jurídico Protegido en el delito de Peculado**

Teniendo en cuenta que en el delito de Peculado concurren dos aspectos básicos, por una parte el quebrantamiento al correcto ejercicio de la función pública y por otro lado, la afectación al patrimonio público, se tendría que estudiar el Peculado desde tres perspectivas axiológicas: como un delito de carácter meramente patrimonial, como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la administración pública o como un delito de naturaleza pluriofensiva.

El objeto genérico de la tutela penal es proteger el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, por tratarse de un delito pluriofensivo.

Fidel Rojas, en su libro “Delitos contra la administración Pública” 2005, establece que el delito de Peculado es un delito Pluriofensivo y que el bien jurídico se desdoblada en garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la

administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público y evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Ambas perspectivas, se relacionan entre sí, denominándose al bien jurídico del delito de peculado como un delito pluriofensivo, en la cual no solamente se va tener que afectar o lesionar el patrimonio del estado sino que la afectación debe ser producido infringiendo los deberes funcionales que ostentan los funcionarios o servidores públicos, llegando a determinarse que el bien jurídico es la correcta utilización de los fondos del estado.

#### **a) Carácter Patrimonial**

Una concepción patrimonial del Peculado puede tener como argumento a su favor la configuración histórica que tuvo el crimen de “peculatus” en el Derecho Romano que era concebido como un hurto de determinados bienes de especial relevancia, representando un delito contra la propiedad independientemente de que el autor fuese funcionario o no.

Se analiza el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 <sup>17</sup> del 30 de setiembre de 2005 de la Corte Suprema de Justicia de la República y concluye que, si el delito de Peculado requiere que el funcionario público esté en vinculación funcional con los objetos apropiados, entonces el bien jurídico protegido sólo puede estar constituido por el **patrimonio del Estado** y no por un “deber de fidelidad e integridad de funcionario”, pues la posición de dominio que ostenta el funcionario es sobre los bienes y caudales públicos, siendo la infracción de deber una de las formas como se puede lesionar este bien jurídico, más no el bien jurídico protegido en sí.

Para determinar si existe o no un perjuicio del patrimonio estatal se debe realizar un análisis diferenciado, dependiendo por ejemplo de organismos del Estado y de los fines para los cuales estaba destinado el patrimonio confiado.

**SALINAS SICCHA, Ramiro (2013)**, menciona que para configurarse el delito de peculado, es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado un perjuicio patrimonial del Estado o una entidad estatal, es así que tanto en el peculado doloso como culposos se sanciona

---

<sup>17</sup> Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Asunto: Definición y Estructura Típica del Delito de Peculado. Art. 387.CP.

la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes, despojo que es producido por los que ostentan la calidad de administrador de los mismos.

En nuestra Jurisprudencia nacional se indica que en todo proceso penal por peculado, se exige la realización de una pericia técnica contable, para que se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado, si la pericia concluye que no ocasionó perjuicio patrimonial alguno el delito de peculado no se configura, al faltarle un elemento objetivo, asimismo Salinas Siccha toma como referencia el R.N N° 889-2007, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema<sup>18</sup>, en la que se establece que se considerará acreditada la lesión al patrimonio del estado con la presentación positiva de la pericia técnica ( contable o valorativa), en razón que permitirá demostrar el destino de los caudales o efectos, así como las diferencias entre los ingresos y egresos del dinero.

Por otro lado, **Fidel Rojas Vargas (2007)**, menciona que “si la pericia técnica no arroja el perjuicio patrimonial para los intereses patrimoniales públicos, no estará acreditado el delito.

De este modo se logra apreciar que ambos doctrinarios de relevancia nacional establecen que, si no se lograra acreditar mediante una pericia valorativa o contable el perjuicio ocasionado patrimonialmente al estado, no se configuraría el delito de peculado.

#### **b) Correcto Funcionamiento de la Administración Pública**

Un sector de la doctrina basándose en la distinta naturaleza jurídica que posee el Peculado concluye que el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos radica en la infracción del deber de lealtad que dichos ciudadanos tienen respecto del patrimonio del Estado.

La doctrina ha enfocado el tema desde dos puntos de vista distintos: **1)** por un lado están quienes se fijan en la relación que media entre el funcionario y la Administración, estableciendo como bien jurídico protegido para estos delitos el **deber**

---

<sup>18</sup> R.N.N° 889-2017, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

**del cargo. 2)** Por otro lado se encuentran quienes, aun aceptando la existencia de tales deberes, dirigen su atención a la relación que se entabla entre la Administración y los ciudadanos, fijando como bien jurídico protegido el **correcto funcionamiento de la Administración**, es decir, la función pública como función de administrar.

Siendo así, existen 02 posturas en torno al bien jurídico protegido de los delitos de funcionarios:

a) **La infracción del deber de cargo:**

Refiere que este delito se agota en la infracción de los deberes que tiene el funcionario para con la Administración. Se sanciona aquí la infidelidad, la deslealtad o traición del funcionario para con la Administración que ha depositado su confianza en él.

b) **Los delitos de los funcionarios desde la perspectiva Administración – Ciudadano.**

Antes la teoría del deber del cargo se fijaba únicamente en la relación que une al funcionario con la Administración, ahora los autores dirigirán su mirada a las relaciones que existen entre la Administración y los ciudadanos.

En nuestra perspectiva la protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública se dirige, ya no al deber de lealtad que tienen los funcionarios y ciudadanos para con la Administración, ni al ejercicio regular de la función pública, sino al funcionamiento correcto de la Administración Pública.

c) **Concepción Dual**

Están los doctrinarios que optan por un concepto Dual, calificando al Peculado como un delito pluriofensivo.

Entre ellos, el **Dr. Ramiro SALINAS SICCHA (2013)**, en la cual establece que el Delito de Peculado es un delito Pluriofensivo, toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad los intereses patrimoniales de la administración Pública y evitar el abuso del poder en que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebrante los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funcionarios o servidores públicos.



En el Acuerdo Plenario N° 4-2005<sup>19</sup>, se prescribe que el peculado es un delito pluriofensivo, en el cual el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídica; **a)** el garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, **b)** evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Se establece que el delito de peculado es un delito pluriofensivo porque aparte de proteger el recto funcionamiento de la administración pública en general, busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeña como es de percibir, administrar o custodiar el patrimonio del estado. Si el patrimonio estatal se lesiona sin que se haya infringido los deberes de lealtad y probidad del funcionario o servidor público en la percepción, administración o custodia de los efectos o caudales del estado, el delito de peculado no se configura.

#### ***I.IX. Sujeto Activo-Autoría***

El código Penal, en el artículo 387 establece que el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otro los caudales y efectos será merecedor de sanción penal, ante ello la doctrina indica que no solo basta tener la condición de elemento material del delito (funcionario o servidor público), se exige que cuenten con una relación funcional ineludible con los efectos o caudales del estado objeto del delito.

La doctrina considera que tanto en el peculado culposo como doloso, solo puede ser autor el Funcionario o Servidor Público, que reúne una relación funcional exigida por el tipo penal, significando que quién por el cargo que desarrolla al interior de la administración pública, tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia ( directo o funcional) en percepción, custodia o administración, los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro, no bastando que el funcionario disponga de los bienes que ocasionalmente le encomendaron<sup>20</sup>.

En el delito de peculado, el particular o extraneus, el usurpador del cargo ocasional en contraposición a normas internas, así como el funcionario o servidor público que no

---

<sup>19</sup> Párrafo sustraído del 6º considerando del Acuerdo Plenario N° 04-2005-CJ/116

<sup>20</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Publica, 2013, pg. 398

tenga vínculo funcional con los bienes públicos objeto de apropiación o uso indebido, no serán autores del delito de peculado, sino serán autores de otro delito común o en su caso, partícipes del delito de peculado cometido por un funcionario o servidor público que sí tiene relación funcional con el objeto del delito. Siguiendo la teoría de Roxín, solo pueden ser autores aquellos que infringen el deber funcional especial penal; los demás que participan solo pueden ser partícipes del delito de peculado.

En una concepción amplia sobre el concepto de funcionario público, abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria, para desempeñar un cargo público, el presente concepto no serviría para la configuración del delito de peculado, porque el tipo penal exige una relación funcional real o jurídica entre el agente y el objeto del delito. Si el sujeto ha sido seleccionado o elegido pero aún no ha asumido el cargo y por tanto aún no tiene la relación funcional real o jurídica, no podrá ser autor del delito de peculado si eventualmente se apropia de un bien o causal público. Su conducta de apropiación será tipificada en otro tipo penal.

La participación del sujeto activo tiene necesariamente que desempeñar el cargo de funcionario público, debe significar siempre una valoración del deber especial que tiene el funcionario público en relación con el objeto específico, no bastará que los hechos hayan sido realizados con ocasión del ejercicio de las funciones, sino el funcionario o servidor público que tiene deber especial de administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos materia del delito

Por otro lado, el Acuerdo Plenario N° 4/2005/CJ-116, dentro del fundamento jurídico N° 6 establece que el sujeto activo debe tener competencia funcional, es decir que tenga disponibilidad jurídica sobre los caudales o efectos que le fueron confiados para administrar, percibir y custodiar a favor de la administración pública<sup>21</sup>.

En otro lado, se menciona que en el delito de peculado no puede haber coautoría, en el sentido que no debe obviarse la teoría de infracción del deber de Roxin, la misma teoría no admite la coautoría porque forma parte de la teoría de dominio de hecho, también se establece que no puede haber coautoría porque no se puede materializar que dos o más funcionarios se pongan de acuerdo para infringir una parte del deber especial, en consecuencia, si dos o más funcionarios o servidores públicos con

---

<sup>21</sup> Párrafo sustraído del 6º considerando del Acuerdo Plenario N° 04-2005-CJ/116

relación funcional se apropian los bienes del estado, todos responderían como autores.

**Reátegui Sánchez, James, en su libro Delitos Contra la Administración Pública (2015)**, establece que el sujeto activo de peculado realiza una apropiación sui-générís, puesto que no sustrae los bienes, sino que dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio, la consumación se da no solo con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio. Por otro lado menciona que el sujeto activo debe buscar un beneficio personal o a favor de un tercero, habrá incorporado un ánimo específico adicional al dolo directo de actuar.

Toda esta línea argumentativa nos permite concluir que el tipo penal de Peculado no solo sanciona al administrador de iure sino también al administrador de hecho o de facto, entonces, basta que el agente actúe en cuanto integrante del sector público. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público; es decir, sobre deberes no sólo formales, sino materiales como el propio del Derecho penal<sup>22</sup>.

**Raúl Peña Cabrera, en su libro Delitos Contra la Administración Pública (2016)**, señala que los asesores jurídicos y los asesores contables que actúan en el marco organizacional de la Administración, nunca podrán responder como autores del delito de peculado (doloso o culposo), al carecer de la relación funcional que se exige como condición indispensable para poder quebrantar los deberes de custodia y/o fomento que se exige en la composición típica de la figura delictiva.

Dentro del ámbito de tutela del tipo penal de peculado y de la amplitud de la noción penal de funcionario público contenida en el artículo 425 del Código penal, no es imprescindible exigir del sujeto activo que reúna estrictamente las calidades formales derivadas del concepto administrativo de funcionario público, pues basta que se halle desempeñando función pública y que exista vinculación funcional entre el cargo y los caudales o efectos que posee en cualquiera de las expresiones modales que la norma completa.

## **I.X. Sujeto Pasivo**

---

<sup>22</sup> Párrafo 44 , extraído de la sentencia Crousillat 011-2011

El estado viene a constituir el representante o titular de la administración pública, si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo ésta constituye en agraviado y no el estado.

La administración pública en la amplia diversidad de sus manifestaciones y reparticiones.

## **II. TIPICIDAD SUBJETIVA**

El agente debe actuar o desarrollar la conducta punible con el propósito de apropiarse para sí o para otro, o utilizar en beneficio propio o de otro los caudales o efectos del Estado.

Para configurarse el delito de peculado aparte del dolo en el agente, es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo como es el ánimo de lucro. Si no se verifica en la conducta del agente, el delito de peculado se descarta (no es requerible para perfeccionar tipicidad, pero están presentes en la naturaleza del hecho delictivo).

El agente actúa o desarrolla la conducta punible con el firme propósito de apropiarse para sí o para otro o utilizar en beneficio propio o de otro los caudales o efectos del estado, ocasionando un perjuicio al sujeto pasivo (el estado).

El delito de peculado desde un punto de vista doctrinario es doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza son de pertenencia pública.

## **III CONSUMACIÓN Y TENTATIVA**

El delito de peculado es de resultado en su forma activa y omisiva, el resultado que lesiona el bien jurídico implica la acreditación de varios efectos lesivos, desde la producida hasta el regular desenvolvimiento de la administración pública y la confianza depositada por el estado en los sujetos públicos vinculado, hasta verificar la afectación al patrimonio público.

El tipo no requiere que necesariamente se produzca, para consumir el delito, provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero, salvo que envía de interpretación se considere que la incorporación al patrimonio sea una modalidad de provecho, sin embargo el provecho, pese a no ser que acompaña al peculado tanto si es para el funcionario o servidor mismo como si va en definitiva a terceras personas. Verificar la existencia de provecho para el sujeto público representa en el proceso del iter criminis una fase de agotamiento que para los efectos de tipificar el delito resulta irrelevante

#### **IV AGRAVANTE DEL PECULADO DOLOSO POR EL VALOR DEL OBJETO DEL DELITO**

Se configurará cuando el valor de los caudales o efectos superen los 36,000 soles. El fundamento de la agravante radica en el mayor perjuicio que puede producirse al agraviado (estado). De acuerdo al principio de lesividad establece que a mayor afectación patrimonial de los recursos del estado, mayor será la sanción punitiva que se imponga a los agentes públicos.

##### **3.1.2.2 PECULADO CULPOSO**

También puede ser cometido por culpa p negligencia de parte del agente, siempre funcionario o servidor público con relación funcional sobre los efectos y caudales del estado o entidad estatal, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción por parte de tercero.

Hace alusión directa a la sustracción efectuada por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable y resguardar los bienes del Estado. No hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización.

Por otro lado no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público, se trata de una culpa que origina un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga culposamente.

Se debe tener en cuenta la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público como elementos componentes típicos de la figura penal:

1. **La sustracción.** Se entiende como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero que se aprovecha del estado por culpa incurrida por el funcionario o servidor público.
2. **La culpa del funcionario o servidor público.** Habrá culpa en el sujeto activo del delito cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), cuando viola deberes de cuidado sobre los caudales o efectos a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público. El sujeto activo no deberá apropiarse o utilizar los caudales o efectos, ni permitir dolosamente, sin concierto que otro ejecute dichas conductas, pues en el primer caso estaremos frente a un tipo doloso de peculado, mientras que en el segundo se tratará de complicidad primaria en el delito de hurto.

En el comportamiento de sujeto activo (funcionario o servidor) debe implicar una violación o inobservancia de los deberes de cuidado exigibles y posibles. Sí pese a que ha observado estrictamente las pautas de los reglamentos donde por lo general se establecen las normas del debido cuidado, se produce la sustracción, obviamente que no existirá imputación objetiva suficiente para hacerle acreedor de un delito culposo de peculado<sup>23</sup>.

Las modalidades y formas de culpa son la negligencia o falta de cuidado, la imprudencia o temeridad (llamada ligereza inexcusable) y la impericia o niveles de relativa inexperiencia en el desempeño de la función o cargo.

### **SUJETO ACTIVO**

Solo puede ser el funcionario o servidor público. El término agente hace referencia necesaria a los sujetos activos del artículo 387, es decir, a los que poseen relación funcional por el cargo.

Entre el sujeto activo y el tercero no existe una relación subjetiva de continuidad de propósito, es más no debe existir en el autor conocimiento de los actos que va a cometer o está cometiendo el tercero. La vinculación causal directa se establece entre la violación del deber de cuidado por parte del funcionario o servidor.

---

<sup>23</sup> ROJAS VARGAS Fidel, "Delitos contra la Administración Pública", Edit Grijley, 2007, 4 Edic, p.526

## **LA OTRA PERSONA**

El sujeto que sustrae los caudales o efectos, es decir, el tercero no es sujeto activo de delito culposo de peculado. Dicho personaje que puede tratarse de un particular, de otro funcionario o de otro servidor, ha sido colocado por la norma penal en una relación de externalidad con los caudales o efectos, no mantiene una vinculación jurídica, lo que permite concluir que la imputación penal dirigido contra él se sale del marco de los delitos de función para recaer en la comisión de hurto, apropiación ilícita, etc.

Habrá culpa en el sujeto activo, cuando no tome las precauciones necesarias para evitar sustracciones ( la culpa del delito de peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de “ pérdidas”), vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio.

## **EL ELEMENTO SUBJETIVO**

El funcionario o servidor público no debe actuar dolosamente, es decir no debe propiciar el descuido ni entrar en concierto con el tercero para generar situaciones de supuesta culpa. De ser la figura de hecho se le imputará al funcionario o servidor la comisión de peculado doloso, el mismo que prevé la posibilidad abierta de que la apropiación se produzca en cualquier forma, es decir y en este caso valiéndose de los actos materiales de terceros, por autoría mediata o a nivel de omisión dolosa de actos debidos lo que va a configurar igualmente un concurso de personas y de delitos.

## **CONSUMACIÓN Y TENTATIVA**

El peculado culposo imputado al funcionario o servidor público tiene una naturaleza omisiva, por cuanto no se le atribuye al sujeto público la comisión de actos ejecutivos sino la omisión de los debidos actos de cuidado.

Se halla consumado la producirse la sustracción de los caudales o efectos por acción de un tercero (es decir, mediante el inicio del alejamiento del caudal o efecto de la esfera de custodia oficial, no siendo necesaria la disponibilidad del bien o efecto por dicho tercero), bajo la circunstancia anotada de culpa del funcionario o servidor que propicia o facilita culposamente dicho resultado de sustracción. Para la consumación del delito de peculado culposo no solo basta la sola inobservancia de reglamentos o violación de deberes objetivos de cuidado, sino que es condición esencial al tipo que se verifique o se dé el resultado sustracción.

## **CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE**

Los caudales o efectos dejado en posesión del sujeto activo, para ser destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social bajo las circunstancias de culpa de éste, de ser sustraídos por tercero, aumentan la sanción penal en función al destino de los bienes o efectos, debe presuponer que dicho sujeto activo debió conocer la naturaleza especial de dichos bienes y concordantemente con ello redoblar los mecanismo necesarios para su custodia y preservación física la esfera de vigilancia y posesión oficial.

## **2.2. OBJETIVOS.**

### **2.2.1. OBJETIVO GENERAL:**

- Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal el Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA “ El sujeto activo en el delito de Peculado”

### **2.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Determinar si el vínculo funcional por razón de su cargo exigido por el tipo penal de peculado doloso indispensable para la configuración del delito de Peculado se dio en el presente caso.
- Identificar si el sujeto activo (funcionario o servidor público) dispuso la administración, custodia o percepción de los bienes del estado por razón de su cargo.
- Identificar el grado de participación que tiene el extraneus en el delito de peculado doloso.

## **2.3. VARIABLES.**

### **2.3.1. Identificación de las variables**

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:**

Delito de Peculado



- **VARIABLE DEPENDIENTE:**

Sujeto Activo

**2.4. SUPUESTOS.**

- Si el encausado Fujimori en su calidad de presidente de la República en la fecha de los hechos tuvo la calidad de sujeto activo de peculado.
- Si el encausado Fujimori en su condición de ex presidente de la República tuvo disponibilidad jurídica sobre los fondos públicos asignados al SIN (fondos de régimen de ejecución especial – gastos reservados).
- El grado de participación del extraneus durante la ejecución del delito de peculado, responde a título de autor.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.**

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA de tipo socio-jurídico.

#### **3.2. MUESTRA.**

La muestra de estudio estuvo constituida por la Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA

#### **3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

**ANÁLISIS DOCUMENTAL**, con esta técnica se obtendrá la información sobre el recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA

Artículo 387 del Código Penal

#### **3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se solicitó el recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA al Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
2. Luego se realizó el análisis del Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA., desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco penal general al específico.
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
4. La recolección estuvo a cargo del autor del método de caso.

5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), doctrina, jurisprudencia, Ley y el Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA.
6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

### **3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.**

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a un Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA- Caso Diarios Chicha Alberto Fujimori Fujimori.

### **3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.**

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

Con respecto al análisis del expediente estudiado, de acuerdo al recurso de Nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado Fujimori Fujimori contra la Sentencia de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 11033, de fecha 8 de enero del 2015, el Supremo Tribunal declaró haber Nulidad en la sentencia que condenó a Alberto Fujimori Fujimori por delito contra la administración pública – peculado doloso:

1. El Acuerdo Plenario N° 04-2005-CJ/116, en su párrafo 6 establece que para un funcionario o servidor público sea considerado sujeto activo, es necesario que él mismo tenga relación funcional por razón de su cargo con los caudales o efectos de la administración pública ( estado ), no siendo necesario la posesión directa o inmediata, sino que basta con la disponibilidad jurídica sobre los fondos públicos, en razón de administración, percepción y custodia, componente normativo que 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); es así que si bien el encausado había ejercido relación funcional toda vez que había suscrito las resoluciones supremas de justificación de gastos de carácter SECRETO, no lo hace competente funcional para la administración y custodia de los fondos del SIN ya que la suscripción lo hizo en obediencia y mandato de ley ( Ley Orgánica del Poder Ejecutivo D.L.N° 560 en la que establece lo siguiente: las resoluciones supremas son normas de carácter específico rubricados por el presidente de la república. En tal sentido, al haberse establecido que si bien el SIN (servicio de inteligencia nacional) depende directamente del presidente de la república, facultad genérica y representativa, no informa respecto al vínculo funcional de administración y custodia de los fondos públicos del SIN. Por lo que de acuerdo al Reglamento de Organización Y Funciones ROF, respecto a la administración o custodia de los caudales públicos del Servicio de Inteligencia Nacional, el Jefe de la Oficina Técnica de Administración es el responsable de ejecutar el presupuesto, conducir la contabilidad y tesorería del SIN, además de dirigir, coordinar y controlar los pagos. Por lo que el accionar del encausado **no se adecua a los presupuestos normativos del tipo penal del delito de peculado doloso, relacionado al vínculo funcional con los fondos públicos.**

2. Según los elementos normativos del tipo penal de peculado doloso, el elemento indispensable para que se logre configurar el delito en mención es que se establezca el vínculo funcional entre el sujeto activo y los fondos públicos del estado, en la cual en el presente caso no se logró acreditar dicho elemento normativo, por lo cual las funciones de administración de la hacienda pública era una función política y representativa, en la que quién ejercía o disponía de la Hacienda Pública era el Ministro de Hacienda Pública , más no el ex presidente Alberto Fujimori, de acuerdo a las testimonial y los medios de prueba actuados y valorados en la etapa de juzgamiento por parte del Tribunal Supremo, por otro lado se logró determinar que quién disponía sobre los fondos públicos del Servicio de Inteligencia Nacional, relacionados a la administración, contabilidad y encargado del presupuesto del SIN era el Técnico del área de administración del SIN, constitucional,. **por lo que al no encontrarse relación funcional de acuerdo al cargo que desempeñaba (presidente de la república) de acuerdo al ROF Y MOF del Servicio de Inteligencia Nacional, no se determinó la vinculación funcional del sujeto competente respecto de la administración o custodia de los caudales públicos.**
3. La doctrina nacional y jurisprudencial, mencionan que si un funcionario o servidor al haber generado un perjuicio patrimonial al estado de acuerdo a las modalidades de peculado doloso, no se logrará configurar si el sujeto activo carece de vínculo funcional con los caudales o efectos del estado, **caso contrario responderá penalmente por un delito común, más no por un delito especial impropio, que es el delito de peculado.**

## CAPÍTULO V

### DISCUSIÓN

1. En el recurso de Nulidad planteado por la defensa técnica del encausado Fujimori Fujimori, fundamenta que debe declarar la absolución de su patrocinado, estableciendo lo siguiente: **1) Se vulneró el principio de legalidad,** **a)** La conducta del encausado Fujimori no se subsume en los presupuestos objetivos del delito de peculado, toda vez que no poseía vínculo funcional por razón de su cargo de la administración o custodia de caudales o efectos del estado; **b)** No tenía atribución jurídica para efectuar actos de disposición de los fondos que obran en los Institutos Armados, pues dicha disponibilidad correspondía a los jefes de dichas fuerzas armadas y al Jefe del SIN. **2) Afectación al debido proceso:** **a)** Al encausado Fujimori se condenó por hechos ajenos a la acusación fiscal, pues se le imputó una conducta omisiva que no fue materia de acusación fiscal, ya que solo se atribuyó la calidad de autor de peculado por haber realizado una acción o conducta positiva de ordenar, **b)** Falta de motivación de sentencia porque no se analiza si el encausado ordenó que los fondos desviados al SIN sea con el propósito de ser utilizados en su campaña de reelección presidencial comprando los diarios chichas, **c)** Se afectó el derecho a probar, pues se omitió valorar la transcripción del video N° 1792 que se observa el desconocimiento que tenía el encausado Fujimori en relación a los hechos que se estaban realizando a su favor ( publicidad para su reelección).
2. Para poder 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, por lo cual tiene que ser verificado en un sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan, ley de la materia **ROF Y MOF**, los bienes objeto de delito deben encontrarse en posesión del sujeto activo, en virtud de los deberes o atribuciones de su cargo, por lo que si dicha vinculación funcionaria entre el sujeto activo y el bien público no existe, no podrá hablarse del delito de peculado.
3. En el presente caso, si bien el inciso 17 del artículo 118 de la constitución Política Del Estado, establece como funciones del presidente de la república “administrar la Hacienda Pública”, se infiere que es una atribución genérica de

carácter representativo y político. Asimismo para poder analizar la naturaleza jurídica del cargo, de acuerdo al ámbito funcional, se debe recurrir a las normas del sector donde se realizó los hechos delictivos, materia de análisis, en este caso el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), toda vez que las disposiciones ROF Y MOF del SIN, son las que determinarán de modo normativo la vinculación funcional del sujeto competente respecto de la administración de los caudales públicos.

4. Por otro lado, según la sentencia sustenta que el encausado Fujimori ejerció competencia funcional, toda vez que suscribió las resoluciones supremas de justificación de gastos de carácter SECRETO, en ese sentido la suscripción de dichas resoluciones supremas no lo hace competente funcional para la administración y custodia de los fondos públicos asignados al SIN, sino que su expedición y suscripción obedece a la disposición de la ley y su cumplimiento, pues conforme señala el art 3, numeral 3) Resoluciones Supremas, son normas de carácter específico rubricados por el presidente de la República y refrendados por el ministro a cuyo sector corresponde, precisándose que los gastos de carácter “Secreto” corresponden a operaciones de inteligencia y contrainteligencia por su clasificación secreta estaba, limitado su conocimiento, no siendo de fiscalización por parte del Poder Ejecutivo, circunscribiendo las resoluciones de dichos documentos justificatorios, por lo que no se evidenció irregularidad alguna en la suscripción de dichas resoluciones.
5. En efecto, si bien se le imputo al encausado Fujimori la calidad de autor del delito de peculado; sin embargo lo expuesto en los considerandos anteriores relacionados a las declaraciones de los funcionarios de aquella época, se determinó que la conducta del encausado al ser analizada dentro del régimen de la imputación objetiva, no cumple con uno de los presupuestos que exige el tipo penal atribuido, sobre la vinculación funcional “ por razón de su cargo” para la administración o custodia de los fondos públicos “ por razón de su cargo” para la administración o custodia de los fondos públicos al SIN, pues de acuerdo a sus competencias como ex presidente de la República y conjuntamente con el Reglamento de Organizaciones Y Funciones de la entidad correspondiente – SIN, el encausado no tuvo la posesión, ni la disposición de los caudales públicos, es decir, no ostentaba el vínculo funcional normativo que determinaba la administración o custodia de los caudales del

SIN, más aún si desconocía el plan para su campaña realizada por Montesinos Torres.



## **CAPÍTULO VI**

### **CONCLUSIONES**

- En el Perú a partir de la última década del siglo XX es que se manifiesta el período con mayor relevancia sobre actos de corrupción, originados por los altos mandos de la administración pública, no dejando de lado, desde el máximo jefe de la escala funcionarial pública ( Presidente del Perú), hasta los funcionarios subordinados, dándonos a conocer que cualquier persona puede ser direccionada a realizar actos corruptibles, dejándose llevar por el poder que ostentaron dentro de un periodo electivo, no teniendo en cuenta que tarde o temprano será sometido y catalogado como un criminal de saco y corbata, al haber realizado actos ilícitos que de repente pensaron que nunca saldrá al descubierto.
- Hoy en día, se está observando que la justicia está cada vez más cerca a la población, porque se está dando a conocer la realidad de cómo nos gobiernan nuestros propios gobernantes, sujetos a quienes depositamos nuestra confianza a fin que mejore nuestra calidad de vida en los distintos niveles o estatus en lo que se puede desarrollar una persona dentro de una sociedad.
- El delito de peculado es un delito especial impropio, porque tiene correspondencia con un delito común, es decir si el funcionario o servidor público realiza un acto ilícito de apropiación de los fondos públicos del estado (caudal o efecto), sin tener un vínculo funcional con el elemento material del delito, no podrá incurrir en delito de peculado, pero si podrá ser sancionado por un delito común (apropiación ilícita).
- Para que un funcionario o servidor público pueda ser catalogado como sujeto activo del delito de peculado doloso, debe tener disponibilidad sobre los caudales o efectos del estado, no se necesita que tenga contacto directo o posesión inmediata sobre los fondos, es por ello que si se logra acreditar el perjuicio patrimonial hacia el estado, pero no la relación funcional entre el funcionario y los bienes del estado, no se estaría configurando el delito de peculado.

- En el presente caso, no se logró acreditar la vinculación funcional entre los fondos públicos del SIN y el Ex presidente Alberto Fujimori, porque al evaluarse el ROF Y MOF del SIN se identificó que el encausado no tenía la función de administrar o cautelar los fondos del SIN, sino otro funcionario de menor jerarquía, y si bien es cierto que lo vinculan porque administraba la hacienda pública (art. 118, inciso 7 de la Constitución), dicha función era solo representativa y política, pues mediante las declaraciones de los funcionarios de aquella época desvirtuaron dicha posición.

## **CAPÍTULO VII**

### **RECOMENDACIONES**

- Surge la necesidad que exista una comisión reformatora del código penal que actualice nuestro sistema penal de aquellas malas prácticas de burócratas y permita establecer un proceso especial que permita trabajar de manera conjunta, rápida y más articulada a la fiscalía y la contraloría haciendo de este proceso mucho más rápido, efectivo ante la sociedad y sea persuasiva para que el resto de burócratas no trabaje para el estado para su propio beneficio y con ello lograr el desarrollo de nuestro país.
- Se debe establecer reformas normativas internas que surtan efectos importantes en la racionalización y uso correcto de “los bienes” “del Estado”, en “la medida” que vayan acompañadas de procesos administrativos de implementación “más vigorosos” y en observancia a los principios del sistema procesal penal nuevo, relacionado a la utilización correcta de los fondos públicos del Estado.
- Buscar la sensibilización de todos “los servidores” y “funcionarios públicos”. En consecuencia “de la sociedad, con referencia a la gravedad de la comisión del delito de Peculado.
- Se debe establecer penas más graves para los funcionarios o servidores públicos que incurren en los delitos contra la administración pública, ya que el estado deposita su confianza de acuerdo a la función que desempeña dentro de la administración pública, en este caso les faculta para que dispongan sobre montos dinerables de mucho valor y lo apliquen de acuerdo al ámbito que está destinado, por lo que se recomienda que se imponga una pena mínima de 10 años para los funcionarios corruptos que son infieles a la norma penal como a su propia institución que les protege.

## **CAPÍTULO VIII**

### **BIBLIOGRÁFICAS**

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

1. **REATEGUI SANCHEZ, James.** Delitos contra la Administración Pública. JURISTA editores Lima, Año 2015.
2. **BERNALES BALLESTEROS, Enrique.** La Constitución de 1993 análisis comparados. EDITORA RAO S.R.L. 5ta Edición, Año 1999.
3. **HEYDEGGER R, Francisco.** Delitos Contra la Administración Pública, Primera edición, Editorial Moreno S.A, Lima, 2013.
4. **SALINAS SICCHA, Ramiro.** Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana, 2013.
5. **NOLASCO VALENZUELA, José, AYALA MIRANDA, Erika:** Delitos contra la Administración Pública. Tomo II, Ara Editores, 2013.
6. **ROJAS VARGAS, Fidel.** “Delitos contra la Administración Pública”, 4º edición. 7, Editorial GRILEY EIRL.
7. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU 1993**
8. **CODIGO PENAL 1991**

## **CAPÍTULO IX**

# **ANEXOS**

## ANEXO 1

### MATRIZ DE CONSISTENCIA

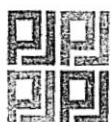
#### MÉTODO DE CASO: “EL RECURSO DE NULIDAD N° 615-2015-LIMA – EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO”

**AUTOR:** ALATRISTA RIOS, Claudio Fernando.

| PROBLEMA                                                                                                                                                                                                                                                       | OBJETIVOS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | SUPUESTOS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | VARIABLE                                                                                                                                                                          | INDICADORES                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | METODOLOGÍA                                                                                                                                                                                                                                    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Si la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, aplico acertadamente los fundamentos legales del delito de Peculado de acuerdo a la doctrina nacional e internacional para declarar la nulidad de la sentencia impuesta a don Alberto Fujimori Fujimori | <b>GENERAL:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal el Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA “ El sujeto activo en el delito de Peculado”</li> </ul> <b>ESPECÍFICOS:</b> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Determinar si el vínculo funcional por razón de su cargo exigido por el tipo penal de peculado doloso indispensable para la configuración del delito de Peculado se dio en el presente caso.</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Si el encausado Fujimori Fujimori en su calidad de presidente de la República en la fecha de los hechos tuvo la calidad de sujeto activo de peculado.</li> <li>2. Si el encausado Fujimori en su condición de ex presidente de la República tuvo disponibilidad jurídica sobre los fondos públicos asignados al SIN (fondos de régimen de ejecución especial – gastos reservados).</li> <li>3. El grado de</li> </ol> | <b>INDEPENDIENTE</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Delito de Peculado.</li> </ul> <b>Dependiente</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sujeto Activo</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Racionalidad del fallo.</li> <li>- Congruencia en el fallo del Poder Judicial.</li> <li>- Socialización y conocimiento del análisis del expediente.</li> <li>- Análisis del Sujeto activo en el Delito de Peculado</li> <li>- Análisis de jerarquía normativa.</li> </ul> | <b>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</b><br>Descriptivo<br><br><b>DISEÑO:</b><br>No experimental<br><br><b>MUESTRA:</b><br>Expediente.<br><b>TECNICAS:</b><br>Análisis Documental<br><br>Art. 387 Código Penal<br><br><b>INSTRUMENTOS:</b><br>Expediente. |

|  |                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                      |  |  |  |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|
|  | <p><b>2.</b> Identificar si el sujeto activo (funcionario o servidor público) dispuso la administración, custodia o percepción de los bienes del estado por razón de su cargo.</p> <p><b>3.</b> Identificar el grado de participación del extraneus en el delito de peculado</p> | participación del extraneus durante la ejecución del delito de peculado, responde a título de autor. |  |  |  |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|

## ANEXO N° 2: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS



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.

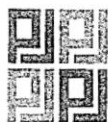
Lima, dieciséis de agosto de dos mil dieciséis.-

**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.





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

## **I.- ANTECEDENTES:**

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

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

### **1.2. AGRAVIOS PLANTEADOS POR LAS PARTES IMPUGNANTES**

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

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

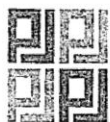


contrario sensu la reducción de la pena y la reparación civil; a estos efectos invoca:

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

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

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



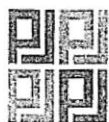
denominados "Diarios Chicha", y falta de justificación de las premisas "activa participación en las actividades del SIN" por parte del procesado y su "presencia casi permanente en sus instalaciones"; y, **iii)** vulneración del derecho a probar, pues se omitió valorar la transcripción del video N° 1792,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

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

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

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

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



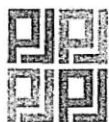
Madre", en el que se condenó a sus coprocesados Vladimiro Montesinos y otros; por lo que, la reparación civil que deberá pagar el condenado debe ser a título personal.

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

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

### 1.3. DEL DESARROLLO DEL PROCESO

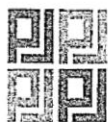
Conforme se advierte a fojas cuatro mil setecientos noventa y nueve, la Sexta Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante dictamen N° 41- 2006, del veintiséis de diciembre de dos mil seis, **inició investigación preliminar** contra el Ex Presidente de la República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



la resolución del veintiséis de enero de dos mil cinco, [Véase sentencia del Exp. 30-2001, denominado "Caso Madre", obrante a fojas uno a ciento noventa y tres] remitidas por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a Vladimiro Montesinos Torres, Elesván Bello Vásquez y José Guillermo Villanueva Ruesta, por delito contra la tranquilidad pública - Asociación Ilícita para delinquir, en agravio del Estado; así como, a Vladimiro Montesinos Torres, Elesván Bello Vásquez, José Guillermo Villanueva Ruesta, Humberto Guido Rozas Bonuccelli, Wilbert Ramos Viera, Alejandro Eulogio Estenos Sepúlveda, Fernando Luis Oliveri Agurto, Pablo Miguel Document Silva, José Luis Olaya Correa, Edgar Hugo Camargo Camacho, Moisés Wolfenson Woloc, por delito contra la administración pública - Peculado, en agravio del Estado, que fue confirmada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema -véase R.N. Nº 1205-2005 del dos de marzo del dos mil seis, de fojas doscientos treinta y nueve-.

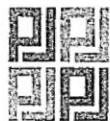
En mérito a ello, mediante Dictamen 41-2008, del veintiséis de marzo de dos mil ocho -fojas cinco mil cuarenta y siete-, la Sexta Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, **formalizó denuncia penal** contra Alberto Kenya Fujimori o Alberto Fujimori Fujimori por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

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



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

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

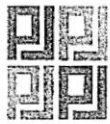


instrucción a fin de tener por sus nombres correctos al procesado Alberto Fujimori Fujimori.

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

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





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

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

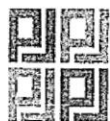
## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

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

#### 2.1.1. EL DELITO DE PECULADO

El artículo 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 (...)".





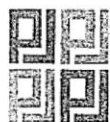
En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas<sup>1</sup>. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados -en este caso, de funcionarios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

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

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

<sup>22</sup> *Ibidem*.

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



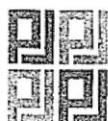
público para la configuración del delito de peculado, a fin de salvaguardar el principio de legalidad y las reglas contenidas en el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, su fecha treinta de setiembre de dos mil cinco.

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

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

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

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

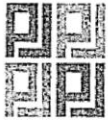


deben contener elementos para su configuración, tales como: a) Existencia de una relación funcional "por razón del cargo"; b) La percepción, administración o custodia; c) La apropiación o utilización; d) Destinatario, para sí o para otro; y, e) Los caudales o efectos.

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

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

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



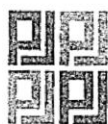
otros). Dicha posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos, o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional<sup>5</sup>. En esa misma línea, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, del treinta de setiembre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

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

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

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

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



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

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

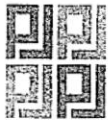
3. **Custodia.** Implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

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

### c) La "apropiación o utilización"

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

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



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

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

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

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

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

**e) Los "caudales o efectos"**

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

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



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

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

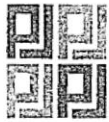
La no admisibilidad de la coautoría se explica en doctrina, en que "esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intranei*,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

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

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

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





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

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

#### 3.1. INCRIMINACIÓN CONCRETA

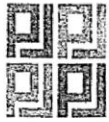
Como se ha mencionado se le atribuye al encausado Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de ex Presidente de la República, haber ordenado, entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN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

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

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

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

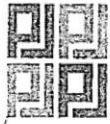




Presidente de la República en la fecha de los hechos, puede tener la calidad de sujeto activo del delito de peculado; y, II) Si el encausado ordenó o tuvo conocimiento del desvío de fondos públicos provenientes de la Dirección de inteligencia de la FAP y de la Dirección de Inteligencia del Ejército hacia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

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

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

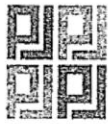


fojas 10141(...); y lo segundo, está acreditado con su responsabilidad directa en el control del presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional destinado al Régimen de Ejecución Especial -gastos de carácter reservado o secreto- que fue objeto de la apropiación; competencia funcional que también ejerció como se desprende de las Resoluciones Supremas que expidió [justificación de gastos reservados] obrante a copias autenticadas de fojas 6540 a 6554, correspondiente a los meses de agosto del año 1999 a setiembre del 2000". [Véase considerando QUINTO, apartado 5.4.1 - Pág. 42 de la Sentencia de primera instancia]

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

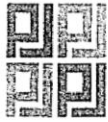
### 3.2. DE LA NO CONFIGURACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS TÍPICOS DEL DELITO DE PECULADO ATRIBUIDO AL ENCAUSADO FUJIMORI FUJIMORI

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



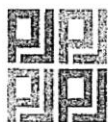
a la administración o custodia de los caudales públicos. Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento -ley de la materia, ROF, MOF, etc.-; en otras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

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



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

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



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

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

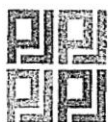
Por el contrario, de la referida ley [Decreto Ley N° 25635] se desprende que el jefe del SIN es la máxima autoridad del Sistema de Inteligencia Nacional, encargado de dirigirlo y representarlo. Además, como Órgano Central del Sistema de Inteligencia Nacional constituye un sector presupuestario, cuyo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

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

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

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

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

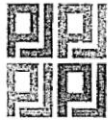


En este sentido, el Reglamento de Organización y Funciones-ROF, determina específicamente a la Oficina Técnica de Administración como el órgano competente para la ejecución presupuestal, además de conducir la contabilidad y tesorería del SIN. Asimismo, establece dentro de sus funciones intervenir en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

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

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

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

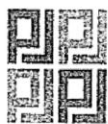


ejecución del presupuesto del servicio de conformidad al calendario de compromiso mensual que emitía la Oficina Técnica de Planificación y Presupuesto, y era también el encargado de dirigir, programar y coordinar los pagos del SIN; asimismo, precisó que el presupuesto del SIN se subdividía en gastos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

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

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

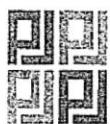




obra en autos los reglamentos donde se establece que por mandato legal del Artículo 58 del ROF, la resolución suprema que apruebe los gastos presupuestales del SIN de carácter "SECRETO" constituye el único documento justificatorio. La Resolución Suprema será refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros. En ese sentido, la suscripción de dichas Resoluciones Supremas no lo hace competente funcional al encausado Fujimori Fujimori para la administración y custodia de los fondos públicos asignados al SIN - fondos del régimen de ejecución especial-, sino que su expedición y suscripción obedece a la disposición de la ley y su cumplimiento [Ley Orgánica del Poder Ejecutivo- D.L. Nº560<sup>18</sup>], pues conforme se señala en el art 3, numeral 3): **Resoluciones Supremas.- son normas de carácter específico rubricados por el Presidente de la República y refrendadas por el Ministro a cuyo sector corresponde;** debiendo precisarse que dichos gastos de carácter "secreto" efectuados por el SIN corresponden a operaciones de inteligencia y contrainteligencia, que por su clasificación de secreto estaba limitado su conocimiento, no siendo objeto de fiscalización por parte del Poder Ejecutivo, circunscribiéndose el encausado a la suscripción de dichos documentos justificatorios [Resoluciones Supremas] de gastos de acciones de inteligencia. Se observa que dichas Resoluciones Supremas fueron suscritas justificando montos inferiores o iguales a los designados por ley para el sector -ver resoluciones supremas a fojas seis mil quinientos cuarenta a seis mil quinientos cincuenta y cuatro-, por lo que, no se

<sup>18</sup> Véase Ley Orgánica del Poder Ejecutivo- D.L. Nº560, del 28 de marzo de 1990, vigente hasta 20 de diciembre de 2007, en la cual en su art 3, numeral 3) señala: **las Resoluciones Supremas.- son normas de carácter específicos rubricados por el Presidente de la República (...).**



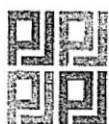


evidencia irregularidad alguna en la suscripción de dichas resoluciones justificatorias.

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

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

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



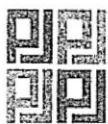
7467, T.17-J, ni menos administró los caudales del Servicio de Inteligencia Nacional, del Ejército, de la Fuerza Aérea, ni de las fuerzas armadas, pues para eso existen los titulares de los pliegos, representados por los jefes de cada área, y en el caso del Servicio de Inteligencia Nacional el titular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

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

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

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

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



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

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

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

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

*(...)*

**Bello Vásquez:** *Claro.*

*(...)*

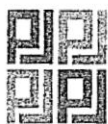
**Montesino Torres:** *(...)*

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

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

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

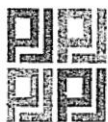
<sup>21</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 15. Sesión N° 10, fojas 6186-6190.



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

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

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

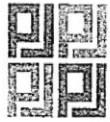


superado aquellos tiempos en los que una persona tenía que responder penalmente por acciones de otro, no habiendo intervenido, ni conocido la comisión del hecho, o en los que la responsabilidad y el castigo se extendían a toda la tribu o la familia del delincuente [responsabilidad tribal o colectiva]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

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

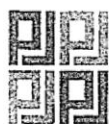
<sup>23</sup> Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, BdeF, Montevideo, 2005, p. 134.

<sup>24</sup> Vd. 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 118º 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 387º del Código Penal plasma como "administración o custodia [que] le estén confiados en razón de su cargo", que en el presente caso constituye un deber funcional ajeno a su persona.

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



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

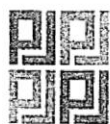
La sentencia recurrida en el punto 5.4. II [página cuarenta y tres de la citada resolución]<sup>25</sup> señala que los testigos que ostentaban rango ministerial y una relación personal con el encausado pueden proporcionar una información obtenida de modo directo de la intervención del acusado Fujimori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

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

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

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





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

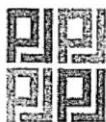
**José Villanueva Ruesta<sup>27</sup>**, quien no declaró en este juicio oral, pero sí a nivel de instrucción en este proceso -fojas cinco mil cuatrocientos treinta y nueve- siendo su testimonial introducida en el juicio, donde señala en su tercera respuesta, que en su condición de Comandante General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

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

<sup>27</sup> Ostentaba en ese entonces el cargo de Comandante General del Ejército, véase Sesión N° 14, Tomo 16, fojas 6487.

<sup>28</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Sesión N° 18, Tomo 16, fojas 6684.

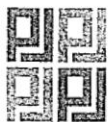




como **Ministro de Defensa**, siendo sus funciones el establecer la política del Sector, que incluyen el cumplimiento de la Fuerza Aérea, Marina, Ejército y Comando Conjunto. Refirió que **acudió a varias reuniones en el SIN, que no trataron temas de reelección con el acusado Fujimori, tampoco la compra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

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

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



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

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

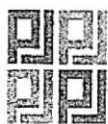


La propia sentencia cuestionada en su apartado **5.4. II [página cuarenta y seis de su numeración]** precisa que "es imposible de aceptar, porque no resiste el menor análisis, que con su activa participación en las actividades del SIN y **su presencia casi permanente en sus instalaciones [esto referido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

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

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

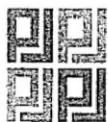
<sup>31</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 16, Sesión Nº 12, fojas 6418.



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

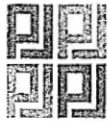
<sup>32</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo. Tomo 18, Sesión Nº 29, fojas 8111

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



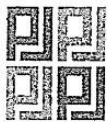
las cámaras vio que el ex presidente también participaba en las reuniones, las que eran dirigidas por Montesinos Torres; que respecto a la presencia del encausado Fujimori Fujimori en el SIN, mencionó que ingresaba por la puerta posterior, que sus visitas no eran continuas, asistía una o dos veces a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

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



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

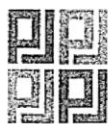




ya que la declaración del testigo de referencia por sí sola no es suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, esto es, no se puede sustentar con dichas testimoniales una sentencia condenatoria, exigiéndosele para ello otras pruebas que deben corroborarlas a fin de consolidar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

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

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



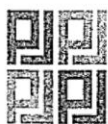
incredibilidad subjetiva; b) verosimilitud en la incriminación; y, c) persistencia en la incriminación], pues en el caso concreto desde la perspectiva subjetiva se evidenció en la primigenia declaración de Montesinos Torres [caso madre a fojas nueve mil noventa y cinco] el deseo de obtener beneficio judicial, -beneficio de confesión sincera-; asimismo, dicho testigo no declaró en el presente proceso penal -véase sesión 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 doctrina<sup>36</sup> respecto a este tipo de declaraciones de coimputados, pues se consideran sospechosas toda vez que las manifestaciones de estos, no están sometidos al deber de veracidad, cuestión que debe ser examinada cuidadosamente y contrastadas con otros medios de prueba mediante la apreciación de las reglas de la sana crítica racional.

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

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

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





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

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

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

**Montesinos Torres:** no sabe carajo.

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

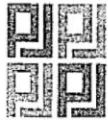
**Villanueva Ruesta:** es todo un trabajo fuerte por abajo.

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

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

(...)

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



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

**Bello Vásquez:** Claro.

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

**Ibárcena Amico:** Claro.

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

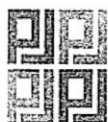
**Bello Vásquez:** Buena idea.

**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.*

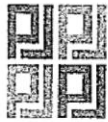
*[Véase hasta aquí pág. 19 -20 de la transcripción a fojas 6804]*

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



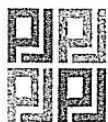
que dicha instrumental fue admitida, actuada y sometida al contradictorio en el acto de juicio oral -véase sesión de audiencia Nº 44 a fojas 10116-, circunstancia que acarrearía nulidad por carecer de una debida motivación; no obstante, conforme se señala en la Resolución Administrativa Nº 002-2014-CE-PJ,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

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

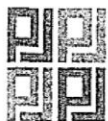


Ruesta e Ibárcena Amico-, respecto a la campaña de reelección y los denominados "Diarios Chicha". En esa línea, siguiendo las reglas de valoración del criterio racional, este medio de prueba documental abona lo referido por el encausado Fujimori Fujimori respecto al desconocimiento de los hechos materia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

<sup>38</sup> Declaración en juicio oral en calidad de testigo, Tomo 15. Sesión Nº 10, fojas 6186-6190.



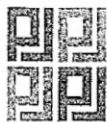
En ese sentido, teniendo en cuenta que la base incriminatoria está determinada por el aporte realizado por el representante del Ministerio Público, se advierte que el material probatorio actuado no resulta suficiente para generar convicción sobre la responsabilidad penal del encausado Fujimori Fujimori,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



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

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

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



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

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ/TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

JPP/epg

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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





