



EJECUTORIA SUPREMA

Lima, dieciocho de julio de dos mil once.-

VISTOS:

El recurso de nulidad interpuesto por la defensa del procesado Alberto Fujimori Fujimori y la parte civil contra la sentencia de fecha veinte de julio de dos mil nueve, obrante a fojas ocho mil trescientos veinticuatro; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: EXPRESIÓN DE AGRAVIOS DE LOS IMPUGNANTES

I.I DE LA DEFENSA DEL PROCESADO ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

La defensa del procesado Fujimori Fujimori, en su recurso fundamentado a fojas ocho mil trescientos noventa y ocho, alega que:

a) El Tribunal de Instancia desconoció los efectos materiales de la cosa juzgada del pronunciamiento civil contenido en la sentencia penal del veintiocho de febrero de dos mil, que determinó la restitución al Estado de la cantidad de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, al permitir que el Ministerio Público y el Estado, como parte civil, vuelvan a debatir en el presente proceso la validez y eficacia del proceso administrativo de reversión de los fondos que hizo el Ministerio de Defensa al Tesoro Público;

b) Violación a la garantía constitucional de legalidad, pues, a su juicio, el Tribunal:

Respecto al delito de peculado doloso por apropiación

b.I. Erró en la definición del bien jurídico, al no identificar que el objeto de protección por el tipo penal de peculado doloso por apropiación es el correcto funcionamiento de la administración pública y específicamente, la gestión del gasto público para la adecuada prestación de los servicios públicos;



b.2. No determinó la falta de antijuridicidad material de los hechos conformados al sostener que esta categoría jurídica solamente ha sido prevista en el Código Penal para el caso de la tentativa inidónea;

b.3. No verificó en los hechos conformados la presencia de un desistimiento de tentativa acabada, producida con la reversión de fondos al Tesoro Público, lo que, en su opinión, significó la falta de consumación del delito; error que considera producto de la indebida definición del bien jurídico e inadecuada diferenciación de consumación formal y material de peculado doloso por apropiación;

b.4. No consideró la reparación del daño como un comportamiento post consumativo que excluye la necesidad de pena, al confundirla con una circunstancia atenuante de la misma;

b.5. Erró al considerar a su patrocinado como autor del delito de peculado doloso, cuando de acuerdo al artículo ciento dieciocho de la Constitución Política del Estado la administración de los pliegos presupuestales le corresponde a los Ministros de Estado;

Respecto al delito de falsedad ideológica.

b.6. No verificó en los hechos conformados la tentativa inidónea que constituyó la introducción de datos falsos en un documento público nulo;

b.7. No consideró que el refrendo ministerial otorga al Presidente de la República la prerrogativa constitucional de la inviolabilidad;

Respecto a la reparación civil

b.8. Inaplicó la reparación del daño causado como circunstancia atenuante de la pena al negar indebidamente la concurrencia del elemento espontaneidad;

c) Violación a la garantía constitucional de la defensa procesal y de la motivación de las resoluciones judiciales al no responder al argumento defensivo que la consumación del peculado doloso por apropiación exige la afectación del servicio o función encomendada, y al no establecer las razones por las cuales el gasto público para la adecuada prestación de los servicios públicos no constituye el bien jurídico del delito en mención;



d) Finalmente, alega violación a la garantía constitucional de la legalidad civil al determinar un monto de reparación civil sin establecer los hechos que constituyen el daño civil indemnizable, la prueba, el tipo de daño y el método de cuantificación o valorización, lo que se originó al no verificar las mismas omisiones en la sentencia del veintiocho de febrero de dos mil cinco.

I.2. DE LA DEFENSA DEL ESTADO

Por su parte, la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas ocho mil cuatrocientos cinco, cuestiona el *quantum* de la reparación civil fijada al condenado Alberto Fujimori Fujimori, alegando que el monto entregado al Estado no puede considerarse una legal restitución del dinero pues no se trató del mismo que le fue entregado a Vladimiro Montesinos Torres, presumiendo que su procedencia es ilícita; que debe restituirse el monto de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, más la suma de treinta y siete millones doscientos noventa y dos mil ochocientos dieciséis nuevos soles, generado por el interés legal del monto dinerario apropiado. Solicita además la suma de diez millones de nuevos soles por el daño material causado al Estado por la comisión del delito de falsedad ideológica.

SEGUNDO: DE LOS HECHOS CONFORMADOS:

Los hechos contenidos en la acusación fiscal y aceptados por el inculpado Alberto Fujimori Fujimori al acogerse a la conclusión anticipada del proceso, en virtud de lo establecido en la Ley veintiocho mil ciento veintidós, se sustentan:

- ❖ Por el delito de *peculado doloso por apropiación*: que, en su calidad de funcionario público de la más alta jerarquía de la Administración Pública, por ejercer, en esos momentos, la Presidencia de la República desde mil novecientos noventa a dos mil uno, ideó y ejecutó acciones ilícitas propias de un poder corrupto, conjuntamente con el ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional —en adelante, SIN— Vladimiro Montesinos Torres y sus ex Ministros Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Guillermo Salas Guevara Schultz, con el fin de disponer y apropiarse de dinero del Estado por la suma de cincuenta y dos millones



quinientos mil nuevos soles, a cuenta del monto autorizado en el Decreto de Urgencia número 081-2000 (sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles).

El pretexto de ese apoderamiento fue el pago de una supuesta "compensación de tiempo de servicio a la Nación" al ex asesor del SIN Montesinos Torres, quien en esos momentos planeaba su fuga del país. El dinero en cuestión es recibido por Vladimiro Montesinos Torres y, luego, entregado a terceros para ser depositado en la banca extranjera.

- ❖ Por el delito de *falsedad ideológica*: el haber insertado en el Decreto de Urgencia número 081-2000, que suscribió y promulgó en su condición de Presidente de la República de ese entonces, argumentos y contenidos totalmente falsos relacionados con una supuesta defensa preventiva de la seguridad nacional en la frontera de Colombia, mediante la falsa ejecución del Plan Soberanía, así como la aprobación por el Consejo de Ministros del Decreto de Urgencia, que también consta en el documento y que nunca ocurrió. En estos hechos también participaron los ex ministros Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Guillermo Salas Guevara Schultz, siempre con el propósito de disponer de dinero del Estado.

Desde la perspectiva fáctica del Ministerio Público, admitida por el encausado Fujimori Fujimori, sin ningún tipo de cuestionamiento factual por parte de la defensa durante el trámite de la conclusión anticipada del juzgamiento, se detalla lo siguiente:

- ❖ El catorce de diciembre de dos mil se propaló un video por los medios de comunicación grabado en las instalaciones del SIN. Allí aparecía el entonces asesor presidencial y de la Alta Dirección del SIN Vladimiro Montesinos Torres entregando una suma de dinero al entonces congresista electo Alberto Kouri Bumachar, en ejecución de la denominada "Operación de reclutamiento de congresistas tráfugas" dispuesta por el ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori. La compra de congresistas acreditó que el régimen de Alberto Fujimori Fujimori trataba de conseguir mayoría en el Congreso de la República que no había podido obtener en las elecciones



generales del nueve de abril de dos mil, y demostró la real naturaleza de las funciones y servicios que, para el régimen, realizaba Vladimiro Montesinos Torres en el SIN.

- ❖ El hecho generó un terremoto político de tal magnitud que remeció y debilitó las estructuras del régimen de Alberto Fujimori Fujimori, que días después determinó su caída. El tercer periodo presidencial se instaló bajo numerosos cuestionamientos acerca de su legitimidad –sentido y alcance de su postulación y resultados electorales–; crisis política e inestabilidad que se incrementó por la propalación del video Kouri – Montesinos.
- ❖ En dicho escenario y ante la urgencia por lo acontecido tuvo lugar la conversación y negociación entre el ex Presidente Fujimori Fujimori y su asesor Montesinos Torres para el pago a este último de una compensación por sus servicios prestados durante el periodo de mil novecientos noventa al dos mil, a razón de un millón y medio de dólares por año, hasta alcanzar la suma total de quince millones de dólares, pese a que Montesinos Torres reconoció que su sueldo como asesor del SIN fue aproximadamente de mil quinientos nuevos soles mensuales.
- ❖ El resultado de las negociaciones determinaron la reactivación de las gestiones iniciadas el veinticinco de agosto de dos mil ante el ministro de Economía y Finanzas, doctor Carlos Boloña Behr, por el entonces presidente del CCFFAA, general Ejército Peruano José Villanueva Ruesta mediante oficio número 204I–CCFFAA –quien en su declaración del quince de mayo de dos mil uno expresó que antes de la formulación del documento consultó con el Presidente Alberto Fujimori Fujimori–. Esta petición fue formulada en términos similares por el entonces ministro de Defensa, general Ejército Peruano Carlos Bergamino Cruz – oficio número 11296–MD–H/3–, en cuya virtud solicitó una ampliación del presupuesto de la UE: 002 CCFFAA del Pliego 026: Ministerio de Defensa por el importe de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles –el general EP Bergamino Cruz corroboró la afirmación del general EP Villanueva Ruesta–.



- ❖ En los referidos oficios se sostenía, entre otros puntos, que el Sistema de Inteligencia Nacional había desmantelado una organización internacional clandestina de triangulación de armas que abastecía a las FARC y que ponía en riesgo nuestro país, por lo que resultaba necesario la urgencia de una ampliación del presupuesto de la UE: 002 CCFFAA del Pliego 026 del Ministerio de Defensa —por el importe de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles—, para la ejecución de un plan de operaciones denominado “soberanía”. Empero, dicho Plan no existió.
- ❖ Que Fujimori Fujimori con quien Montesinos Torres conversó, trató y negoció sobre el pago de una compensación por tiempo de servicios, por el trabajo que realizó para el régimen desde mil novecientos noventa al dos mil, en razón de que su permanencia se había tornado absolutamente insostenible. En ese contexto el acusado Alberto Fujimori Fujimori, aceptando los requerimientos formulados por Montesinos Torres, expidió el Decreto de Urgencia número 081-2000, que autorizó tanto al Pliego 026 del Ministerio de Defensa, a utilizar recursos financieros correspondientes a la fuente de financiamiento de recursos ordinarios hasta por la suma de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles, como al Ministerio de Economía y Finanzas a transferir recursos financieros por dicha suma al Ministerio de Defensa, para la ejecución de acciones que conduzcan a objetivos de seguridad nacional; dispositivo legal que, sin embargo, no fue dictado para la ejecución de un plan militar.
- ❖ El Decreto de Urgencia número 081-2000 fue expedido por el Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, así como por el ex ministro de Economía y Finanzas Carlos Alberto Boloña Behr y el ex ministro de Defensa Carlos Alberto Bergamino Cruz, quienes el veintiocho de febrero de dos mil cinco, fueron condenados como coautores del delito de peculado en agravio del Estado, y por Luis Federico Salas Guevara Schultz, presidente del Consejo de Ministros, quien también fue condenado como cómplice primario del delito de peculado en agravio del Estado. Igualmente Boloña Behr, Bergamino Cruz y Salas Guevara Schultz fueron condenados como coautores del delito de falsedad ideológica en agravio del Estado. La Sala Penal Especial



ordenó, a su vez, la reserva del juzgamiento del acusado ausente Alberto Fujimori Fujimori.

- ❖ El Plan de Operaciones conocido como “soberanía” nunca existió. Fue un pretexto, una excusa, utilizada por Alberto Fujimori Fujimori y otros para apropiarse de fondos provenientes del Tesoro Público y ser ilícitamente entregados el veintidós de septiembre de dos mil a Vladimiro Montesinos Torres, quien personalmente recibió en la sede del SIN los quince millones de dólares de manos del general del Ejército Peruano Luis Aníbal Muelle Schwarz, jefe de la Oficina General de Administración del Ministerio de Defensa, Montesinos Torres esa misma noche, y en la sede del SIN, entregó el dinero a James Stone Cohen para que lo saque del país y lo deposite en una de las cuentas que tenía el primero en el exterior.
- ❖ Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República le corresponde, entre otras atribuciones, administrar la hacienda pública. Tiene una relación funcional con los fondos públicos. Aceptó el pedido que le formuló su asesor Vladimiro Montesinos Torres y lo materializó por medio del Decreto de Urgencia número 081-2000. La expedición de dicha norma legal fue el instrumento o mecanismo que utilizó con los ya sentenciados Boloña Behr, Bergamino Cruz y Salas Guevara Schultz para apropiarse del dinero del Estado y entregarlo a Montesinos Torres —un tercero—.
- ❖ Los billetes en dólares proporcionados a Montesinos Torres en la noche del veintidós de septiembre de dos mil, de quince millones de dólares, son diferentes a los que el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, el dos de noviembre de dos mil, entregó en Palacio de Gobierno al entonces ministro de Defensa, general Ejército Peruano Bergamino Cruz, para ser devueltos al Tesoro Público. El aludido general, al percatarse de la magnitud y consecuencias del hecho delictivo en que había incurrido y enterarse que Montesinos Torres había viajado a Panamá, reclamó intensamente la devolución de la suma de dinero materia del peculado, suma que le fue entregada por Alberto Fujimori Fujimori en presencia del ex ministro de Economía y Finanzas, doctor Boloña Behr, del vice ministro de Hacienda,



Jalilie Awapara, y de su cuñado y Embajador del Perú en Japón, Aritomi Shinto.

FUNDAMENTOS

DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO Y DESISTIMIENTO

§1. Emitida la sentencia por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, fue objetada tanto por el procesado Fujimori Fujimori como por la defensa del Estado, fundamentando este último su recurso conforme se aprecia del escrito obrante a fojas ocho mil cuatrocientos cinco, donde cuestionó el monto de la reparación civil, solicitando su incremento a noventa y nueve millones setecientos noventa y dos mil ochocientos dieciséis nuevos soles.

§2. Sin embargo, en la audiencia pública de impugnación llevada a cabo el seis de junio del año próximo pasado, la abogada representante de la Procuraduría Pública recurrente, con suficientes facultades, se desistió expresa y formalmente de su pretensión recursal, renunciando así a su propósito de combatir la sentencia venida en grado, limitando su informe oral a contradecir las alegaciones de la defensa del procesado Alberto Fujimori Fujimori.

§3. En virtud del principio dispositivo que rige en nuestra legislación en materia recursal¹, cualquier impugnante tiene la facultad de desistirse de su pretensión antes que sobre ella se haya pronunciado el órgano jurisdiccional competente². La formalidad de legalización de firma ante el secretario judicial³ respectivo no es pertinente, pues dicha exigencia legal obedece a un contexto de escriturización no presente en este caso, pues la renuncia al acto procesal se

¹ Al presente trámite es de aplicación supletoria, en lo pertinente, lo regulado por en el capítulo IV del Título XI del Código Procesal Civil (desistimiento de un acto procesal), por efecto de lo establecido en la Primera Disposición Final del acotado Código.

² Artículo 342 del Código Procesal Civil: "El desistimiento del proceso o del acto procesal se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto".

³ Artículo 341 de la mencionada Norma Adjetiva estipula sin sanción de nulidad que: "...El escrito que lo contiene debe precisar su contenido y alcance, legalizando su firma el proponente ante el Secretario respectivo".



produjo oralmente, previa verificación de facultades de la parte y ante los Magistrados que suscriben. En tal virtud, corresponde admitir el acto procesal de desistimiento formulado por la representante de la parte civil, causando efecto prohibitivo sobre la posibilidad de incremento del monto de la reparación civil fijada⁴.

§4 Se restringe entonces el ámbito de pronunciamiento del presente Tribunal a los agravios formulados por la defensa del procesado Alberto Fujimori Fujimori. Ésta cuestiona de modo independiente las condenas impuestas por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso y por el delito contra la Fe Pública, en la modalidad de falsedad ideológica, con argumentos jurídicos distintos que obligan a su pronunciamiento diferenciado.

CONSTESTACIÓN DE AGRAVIOS VINCULADOS AL DELITO DE PECULADO

LA VULNERACIÓN DE LA COSA JUZGADA Y EL PROCEDIMIENTO DE REVERSIÓN

§5 En este primer acápite es menester anotar que el agravio respecto a la vulneración de la cosa juzgada, fundamentado mínimamente en el escrito de impugnación, y reforzado por el defensor al sostener oralmente su pretensión, está circunscrito a las consideraciones tangenciales expresadas por el Tribunal de Instancia respecto a la "reversión" de los fondos objeto del delito atribuido.

§6 Al respecto, el Tribunal Supremo fue claro al señalar que los títulos reparación o restitución, asignados al retorno, tras cuarenta y un días, de una cantidad equivalente de dinero estatal apropiado en beneficio de tercero por parte del

⁴ En función de lo indicado por el Artículo 343 de la misma norma procesal: "*Si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado*" y en estricto respeto de la prohibición de reforma peyorativa que inspira al artículo 300 del Código de Procedimientos Penales.



procesado Fujimori Fujimori, constituyen *“una cuestión de puro nominalismo, y, por tanto, carente de trascendencia”*⁵.

§7. En efecto, en esta contextualización del pronunciamiento, el Colegiado efectuó ciertas aclaraciones respecto a la legalidad del procedimiento administrativo de reversión⁶, pero sin ninguna incidencia para los fines argumentativos de la defensa del sentenciado, y como tal, no constituyen causal de nulidad alguna.

§8. Es así que más allá de ello, el Colegiado Supremo sostuvo válidamente: a) *“que al Tesoro Público ingresó una cantidad de dinero equivalente a la que egresó con anterioridad”*, b) que *“desde la perspectiva de la restitución o, en todo caso, reparación, es que el Estado, agraviado por esa operación delictiva, finalmente recuperó un monto equivalente al extraído (...)Hubo una apropiación de determinada cantidad de dinero en efectivo y una cantidad similar revertió al Tesoro Público cuarenta y un días después”*; c) y rechazando la pretensión de la parte civil, señaló que la suma revertida *“no cabe estimarla inexistente desde las exigencias de este proceso jurisdiccional...”* d) asimismo, a los efectos de sustentar su fallo, no concedió cabida a los fines jurídicos fijados por la parte acusadora y el defensor del Estado, en cuanto a la diferencia nominal de los billetes entregados —que, más bien buscaban sostener la ilegalidad de la procedencia de los fondos restituidos, configurante de un objeto y delito distintos a los aquí analizados, por lo que únicamente se accedió a la remisión de las copias pertinentes para su investigación; y e) para los efectos de la reparación civil, se remitió a la valorización del daño efectuado en anterior sentencia, expedida en esta misma causa con fecha veintiocho de febrero de dos mil cinco, en el que el recurrente intervino como reo ausente a través de la defensa de oficio, aplicando a dicho efecto lo establecido en el fundamento jurídico sexto de la Ejecutoria Suprema vinculante número doscientos dieciséis – dos mil cinco–Huánuco, del catorce de abril de dos mil cinco⁷.

⁵ Parágrafo 64 de la Sentencia Impugnada.

⁶ Parágrafo 65 de la Sentencia Impugnada.

⁷ Parágrafo 80 de la Sentencia Impugnada.



~~§ 9.~~ Por tanto, el tema de la restitución fue dilucidada a favor de la tesis del procesado Fujimori Fujimori, que buscaba se mantenga el reconocimiento del procedimiento administrativo de reversión —admitida en la sentencia en esta misma causa de fecha veintiocho de febrero de dos mil cinco, en la que se condenó a los ex ministros Bergamino Cruz, Boloña Behr y Salas Guevara Schultz, que vía de recurso de nulidad no fue objetada por la Sala Penal Transitoria a través de la Ejecutoria Suprema de fojas seis mil cuatrocientos-, como base de su argumentación principal, tanto más cuando el Tribunal se pronunció acabadamente por las consecuencias jurídicas que a tal acto de devolución le asignó el abogado defensor.

§ 10. En consecuencia, ninguna trascendencia entraña el análisis de los elementos de la cosa juzgada con el cotejo de los pronunciamientos administrativos y jurisdiccionales previos.

RESPECTO A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:
AGRAVIOS COMUNES

§ 11. La defensa considera vulnerada la garantía constitucional de legalidad material, esencialmente, por no habersele otorgado al acto de reversión dineraria las siguientes consecuencias formuladas subsidiariamente en este orden: a) exclusión de antijuridicidad material por ausencia de lesión al bien jurídico; b) arrepentimiento activo del autor; y, c) exclusión de punibilidad por reparación del daño con carácter exoneratorio⁸.

§ 12. Estas consecuencias están íntimamente vinculados a una nueva concepción —no sostenida por la doctrina y jurisprudencia nacional- del bien jurídico de peculado doloso por apropiación, desarrollada por la defensa sobre la base de una corriente doctrinaria española, principalmente seguida por los autores Norberto De La Mata y Xavier Etxebarria⁹.

⁸ En la audiencia pública de impugnación la defensa señaló que para el caso de peculado "todo gira en torno al significado que tiene la restitución de los cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, efectuada cuarenta y dos días después de haber sido retirados del Tesoro Público"

⁹ DE LA MATA, Norberto y Etxebarria, Xavier. Malversación y lesión del patrimonio público. Bosch Editor, Barcelona, 1995.



§ 13 En efecto, el principal basamento del recurso de nulidad formalizado por la defensa de Alberto Fujimori Fujimori consiste en su pretensión de edificar un nuevo bien jurídico tutelado por el delito de peculado: el correcto funcionamiento de la Administración Pública, específicamente, la gestión del gasto público para la adecuada prestación de los servicios públicos, y bajo esta innovadora concepción, sostiene que el delito de peculado se consuma con la concreta afectación del servicio público. Estima pues como objeto de tutela concreta a "la gestión del gasto público y la adecuada prestación de los servicios públicos", en buena cuenta "la afectación de la ejecución del gasto público". Sobre este fundamento se asientan por igual las pretendidas consecuencias jurídicas -no punitivas-, principalmente porque con ello cabría la admisión de la antijuridicidad material y/o arrepentimiento activo, debido a la ausencia de consumación material del delito.

§ 14 Así construida su argumentación, la desestimación de su -renovada- concepción del bien jurídico del delito de peculado por apropiación generarían -como efecto "dominó"- la imposibilidad jurídica de configuración de las eximentes de responsabilidad propugnadas subsidiariamente -como así viene determinado por el Tribunal Sentenciador-.

§ 15 En tal virtud, no constituye un aspecto medular a dilucidar los casos en los que, en abstracto, procedería la antijuridicidad material de una conducta o el análisis particular de la figura del arrepentimiento activo, como al parecer pretende el recurrente al centrar su objeción en considerar incorrecta la afirmación efectuada por el Tribunal de que esta categoría jurídica "*solamente ha sido prevista en el Código Penal para el caso de la tentativa inidónea*"; sino que por el contrario, el éxito de estos extremos de su argumentación dependen básicamente de la admisión de su postura respecto del bien jurídico protegido en el delito *sub exámine*; la que fue rechazada con la debida motivación por el Tribunal Supremo, cuya corrección es aquí objeto de evaluación. No cabe entonces alegar insuficiencia en la motivación de la impugnada, sino únicamente -desde la perspectiva defensiva- incorrección de la misma.

§ 16 De otro lado, la tercera consecuencia que el impugnante le asigna a la restitución de fondos -ausencia de necesidad de sanción-, está vinculada a un orden



distinto de análisis, esencialmente la teoría de la pena, antes que a la teoría del delito —al que corresponden las anteriores—; o si bien se pretende mantenerla ligada a la afectación material del bien jurídico —conforme lo concibe la defensa— el efecto de respuesta será el mismo que para las dos eximentes antes aludidas.

§ 17. Delimitado metodológicamente esta parte de los agravios del recurrente, y justificada la ausencia de un análisis desprovisto de finalidad respecto de las figuras jurídicas de antijuricidad material y arrepentimiento activo, procedemos a su respuesta en el orden planteado.

RESPECTO A LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

§ 18. De la lectura de los fundamentos de la sentencia impugnada en cuanto a la concepción del bien jurídico en el delito de peculado doloso y la contradicción del recurrente con ellos, se desprende que la defensa más que un pronunciamiento positivo respecto a una determinada postura de lo que considera el bien jurídico en el delito *sub exámine* —sólidamente establecida por el Tribunal Supremo, para lo que, además, bastaría con citar la posición de los principales dogmáticos latinoamericanos en la materia (Fidel Rojas, Abanto Vásquez, Carlos Creus, Fontán Balestra, Groizar, López Rey y Álvarez Valdes, Jaramillo, Cuello, entre otros) y a la abundante jurisprudencia que al respecto existe, y que en bloque contradice los postulados de la defensa—, espera una explicación respecto de la no admisión de su propuesta alternativa del mismo concepto delimitador del Derecho Penal. Al respecto, corresponde aclarar que la ausencia de dicha respuesta de ningún modo puede considerarse como un defecto de motivación de carácter omisivo de la sentencia recurrida, cuando frente a ello se establece una propia postura que directamente la contradice —sostenida además en autorizada doctrina y reiterada jurisprudencia, incluso de naturaleza vinculante—.

§ 19. El derecho a la debida motivación no admite el abuso de su ejercicio frente a la procuración de respuestas en detalle de los elementos de cada tesis innovadora que respecto a un tópico del derecho penal venga siendo sostenido por un sector minoritario de la doctrina —así incluso lo admite De La Mata y Exebarría en su obra antes citada—. La defensa incluso ha confundido la mínima extensión física de las respuestas dadas por el Tribunal Supremo a sus postulados, con una indebida motivación, cuando antes bien la concreción, técnica y claridad de



los postulados esbozados por el Colegiado de Juzgamiento constituye, para la generalidad, una argumentación de mayor valor. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha delimitado el alcance de este derecho constitucionalizado, afirmando que éste "... implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que conlleva a que se exprese no sólo la norma aplicable al caso en concreto, sino también la explicación y justificación de por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado dentro de los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresan la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y lo pretendido por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta, o se establezca el supuesto de motivación por remisión"¹⁰, agrega que "...si bien no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la 'insuficiencia' de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo"¹¹.

§ 20. En tal virtud, no cabe estimar la nulidad por indebida motivación omisiva, al advertirse una posición jurídica sólidamente fundamentada que contradice los postulados de la defensa y justifica con logicidad, coherencia y racionalidad su fallo, sino, como hemos señalado, su agravio debe ser entendido como contradicción a los argumentos expuestos en la impugnada, los que más que insuficientes, los considera incorrectos —la corrección *per se* no es garantizada a través de este principio constitucional—.

§ 21. No obstante, con el fin de sobregarantizar el principio de congruencia, en adelante evaluaremos los aspectos medulares de su tesis y estableceremos suficientes criterios que den respuesta frontal a su postura, para ello

¹⁰ STC N.º 02707-2007-PHC/TC.

¹¹ STC N.º 1701-2008-PHC/TC.



consideramos oportuno efectuar algunas precisiones preliminares en cuanto al elemento bien jurídico.

DEL BIEN JURÍDICO COMO CRITERIO DELIMITADOR

§22 Desde una perspectiva general, el bien jurídico se instituye como fundamento y límite del derecho punitivo del Estado, lo primero, por cuanto se dirige a proteger los derechos individuales y colectivos requeridos para una convivencia pacífica, es decir, los bienes jurídicos deben ser instituidos y ponderados desde un contexto político social; y como límite, en cuanto restringe al legislador a sancionar sólo los comportamientos que verdaderamente ostenten la potencialidad de dañar o poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos por la norma, en tanto que el Juez, en cada caso concreto, le corresponde verificar si la conducta efectivamente lesionó o colocó en peligro el bien jurídico. No se equivoca Hassemer cuando concluye que *“Una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho fin es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico. Por tanto el bien jurídico es el fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites a la intervención y su cálculo preciso”*¹².

§23 En el Derecho Penal contemporáneo aún existe consenso mayoritario en que éste tiene por misión la protección de bienes jurídicos¹³, los que pueden tener naturaleza individual —vida, integridad física, patrimonio privado, libertad, entre otros— o colectiva¹⁴ —administración pública, seguridad pública, orden económico, entre otros—.

¹² HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. En: La Teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Director Roland Hefendehl. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz Urbina. Ed. M.P. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, 2007, p. 103-104.

¹³ La vigencia de la norma como objeto de protección del Derecho Penal no es aún de reconocimiento pleno por la dogmática y jurisprudencia nacional o extranjera mayoritaria.

¹⁴ Cuando es conceptual, de imposible asignación y exigencia individual. Se caracteriza por poder ser disfrutado, sin exclusión o conflicto, por cada miembro de la sociedad.

§24. Ahora bien, la "administración pública" como objeto genérico de protección penal constituye bien jurídico colectivo o supraindividual¹⁵. Para Feuerbach el objeto de protección del derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los derechos del Estado, dentro de estos últimos incluyó algunas infracciones contra la colectividad, como los crímenes contra la personalidad moral del Estado y los crímenes contra el Estado en particular.

§25. La problemática de este tipo de bienes jurídicos radica en la aparente amplitud del objeto de tutela y con ello la falta de precisión de sus justos límites, llegándose a afirmar que por ello "el principio del bien jurídico, originariamente restrictivo, se transforma en un estímulo para la expansión penal"¹⁶; lo que obliga en post de su concreción a efectuar precisiones respecto al específico objeto que se resguarda con una norma penal determinada a fin de establecer la necesidad de intervención penal —atento al principio de *última ratio*—, el bien jurídico no puede flotar en el aire, sino que sólo adquiere sentido mediante la referencia a la causalidad lesiva real.

§26. Sin embargo, si bien se cuestiona que el objeto de tutela en los delitos colectivos permite una interpretación extensiva que habilite innecesariamente la intervención penal, también posibilita la excesiva argumentación restrictiva al mismo —como estimamos sucede en el presente caso—, aún cuando su necesidad viene impuesta legal y constitucionalmente. No obstante, de inicio es de tenerse en cuenta que respecto a los bienes jurídicos colectivos, resulta analíticamente acertada la referencia a que el desvalor del acto pasa a un primer plano en comparación al momento del resultado¹⁷.

§27. Binding, conceptúa el bien jurídico como todo valor que, según el legislador, constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal. Los bienes jurídicos constituyen vínculos reales posibilitadores de la libertad externa de una persona y por ello valiosos, constituidos a partir del actuar

¹⁵ Se encuentra por demás superada así superada la idea de GOLDSCHMIDT que estimaba que tales derechos bien podían ser protegidos por el derecho administrativo.

¹⁶ POLAINO NAVARRETE. El bien jurídico en Derecho penal, Sevilla 1974.

¹⁷ Tiedemann, citado por Hefendehl, Roland.



intersubjetivo. Así, la razón por la que debe ser protegida la Hacienda Pública debe extraerse del hecho de que en un Estado social la recaudación de impuestos revierte en la calidad de vida de los ciudadanos¹⁸. De ello se extrae que los bienes jurídicos son una creación del legislador. El objetivo de este no es directamente la defensa de los intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad. El bien jurídico es todo lo que aún no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente, por lo que se entiende que la protección penal de los bienes colectivos dependerá de la voluntad del legislador¹⁹.

§28 No cabe duda que en un primer momento en el que comienza el proceso de criminalización, el papel del bien jurídico se centra en la vinculación realidad social y Derecho. "El bien jurídico se encuentra en la dinámica social, en el entramado de relaciones sociales que, normalmente se expresan en clave de conflicto. El legislador no es libre para seleccionar y aprehender esas valoraciones sociales: sólo puede extender la protección penal a aquellas condiciones sociales valiosas que merezcan la consideración de bien jurídico (...) que se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en la vida social"²⁰. Se entiende entonces que "El bien jurídico actúa como límite efectivo del ius puniendi estatal, en la medida en que la legitimidad de su ejercicio reside en la exclusiva protección de las relaciones sociales concretas en una sociedad democrática"²¹.

¹⁸ VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. En: La Teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Director Roland Hefendehl. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz Urbina. Ed. M.P. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, 2007. p. 103-104.

¹⁹ LISZT, por el contrario, negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó que más bien se trataban de intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas, es decir aquellos intereses no los crea el Derecho sino la vida, empero no negó que es el Derecho el que eleva ese interés natural a bien jurídico.

²⁰ SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN. Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal. 2005. Ed. Gustavo Ibañez. Bogotá, p. 155.

²¹ TERRADILLOS Citado por SERRANO PIEDECASAS, *op. cit* p. 156.



§29. En una etapa posterior a la legislatura, el bien jurídico ejerce una función de control como criterio de interpretación. Sin embargo, no puede negarse bajo una concepción natural de bien jurídico que, como señala SERRANO PIE DE CASAS, "La ideología jurídica tiene un objeto más o menos definido, en el que las decisiones fundamentales, que condicionan todas las demás, ya han sido tomadas por el legislador. La ley impone sus límites con mayor eficacia que las normas no jurídicas."²²

§30. Sin embargo, una perspectiva insoslayable al buscar la precisión de un bien jurídico específico es la constitucional, en tanto, "el modelo estatal constitucionalmente conformado circunscribe la esfera de actuación del legislador ordinario. Y en consecuencia cualquier invento de interpretación y de construcción jurídica científica habrá de moverse dentro de los confines de ese modelo"²³. De ahí que es siempre desde una perspectiva constitucional que se efectúa la revisión y reconstrucción de categorías fundamentales protegidas por el derecho penal y se pone en cuestión su permanencia en el orden jurídico o se restringe su correcto contenido. Este último el pretendido por la defensa a partir de su fundamentación del bien jurídico en el delito de peculado.

§31. Este marco de precisiones preliminares respecto del bien jurídico colectivo y su necesario examen legal y constitucional, se justifica en el contexto genérico en el que fue desarrollada la doctrina española —invocada por la defensa para considerar que el bien jurídico en el delito de peculado exige que para su consumación se haya afectado algún servicio público en concreto—, bajo una perspectiva de interpretación reduccionista en respuesta a la considerada tendencia de expansión "injustificada" del Derecho Penal para este tipo de bienes jurídicos —sobre todo en el caso de los delitos de peligro abstracto, y en los que se evidencia un acentuado adelantamiento de la protección penal—, atento al principio básico de mínima intervención penal del Estado y *ultima ratio*, así como del principio de lesividad. Por ello, la doctrina ha buscado afinar y concretizar los objetos de protección penal genéricos, generando, en algunos casos, la despenalización de ciertas

²² SERRANO PIEDECASAS. *op. cit.* p. 182.

²³ SERRANO PIEDECASAS. *op. cit.* p. 182.



conductas²⁴ y la interpretación restrictiva de otras, como se pretende en este caso con el delito de Peculado por apropiación.

§32 No obstante, aun cuando consideramos una práctica sana y garantía para el sistema penal la revisión constante por la doctrina de los excesos del Estado en la tipificación delictiva, la admisión de sus argumentos deben siempre superar antes una evaluación legislativa o jurisdiccional —ordinaria o constitucional— desde múltiples perspectivas, históricas, criminológicas, teleológicas, de realidad social, pero principalmente constitucional.

Identificación del Problema Jurídico

§33 De acuerdo con los fundamentos jurídicos del recurso corresponde, en primer lugar, realizar algunas precisiones acerca del principio de lesividad y sus implicancias dentro de la teoría del delito, para de esta manera analizar la postura de la defensa de Alberto Fujimori Fujimori, cuando afirma que la afectación concreta del bien jurídico tutelado en el delito de peculado no concierne a la tipicidad de la conducta sino a la antijuridicidad material de la misma, que no se configuraría según su personal posición, por la restitución del dinero.

Bien jurídico y principio de lesividad

§34 De lo anterior, se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, en el sentido que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna típica, concurre el desvalor del resultado, entendido como el impacto producido en el bien jurídico, al exponerlo en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo. En esto último consiste la llamada antijuridicidad material prevista en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal. Al requerir la norma en comento la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico, está haciendo énfasis en la

²⁴ En el caso peruano ciertos delitos contra el Orden Económico, a través del Decreto Legislativo número mil treinta y cuatro, del veinticinco de junio de dos mil ocho. En el caso español, más oportuno para el análisis del presente caso, la derogación del delito de malversación de fondos por desvío en el interior del aparato Estatal, conseguido con la dación del Código Penal de mil novecientos noventa y cinco.



necesidad de concurrencia de la antijuridicidad formal y material, entendida la primera como el reproche que hace el Estado al sujeto activo de la conducta por ser contraria a la prohibición o mandato de la norma, y la última como censura por lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado.

§35 De esta forma el principio de lesividad opera no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, pues en la creación legislativa de la norma penal no solo debe acogerse el principio de legalidad, como tipicidad objetiva, es necesario también que las conductas reputadas como punibles posean relación directa con el bien jurídico tutelado. En la aplicación de la norma penal, no basta la antijuridicidad formal, es decir la mera contradicción entre el comportamiento y aquella norma, sino que debe existir la vulneración del bien jurídico, sea por lesión o puesta en peligro.

§36 Este principio, no sólo está íntimamente ligado a otros de la misma categoría, como los de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención, sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, tal como lo han sostenido diversos autores internacionales. La función crítica del bien jurídico suele manifestarse en la labor de apreciación que el juez realiza acerca del alcance de la descripción típica contenida en la norma frente a la diversidad de conductas que sean motivo de persecución, juzgamiento y sanción jurídico penal.

§37. Ahora bien, como la facultad punitiva del Estado sólo puede operar en tanto medie la afectación de un bien jurídico tutelado en el ordenamiento penal, ya sea por lesión o puesta en peligro, es pertinente entonces recordar que el concepto de bien jurídico no corresponde a la noción de objeto material del delito. En efecto, a pesar de que se han propuesto varias definiciones acerca de lo que constituye un bien jurídico, hay una mayoritaria posición en el sentido de que el resultado consiste en la lesión de un determinado objeto, el cual se denomina "objeto de la acción" y no debe confundirse con el "objeto de protección o bien jurídico", como se puede apreciar con facilidad en el delito de homicidio, en el que el bien jurídico es la vida y el objeto material es el sujeto pasivo de la agresión. Lo anterior, sin embargo, no implica que la



apreciación acerca de la lesividad de un bien jurídico pueda desligarse de la situación fáctica, real y concreta que significó el objeto material de la conducta.

Delito de lesión y de peligro

§38 De esta manera, es de precisar que suele confundirse la división existente entre los delitos de resultado y de mera actividad, con la dicotomía que hay entre los delitos de lesión (en los que el objeto de la acción debe ser realmente menoscabado para que se consume el delito) y de peligro (en los que el delito supone sólo una amenaza de daño para el bien jurídico), que a su vez han sido divididos en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, de suerte que al final se termina asimilándose los delitos de resultado con los de lesión y los de mera actividad con los de peligro, para con ello concluirse, de manera equivocada, que toda conducta de peligro no exige efecto verificable alguno en el mundo exterior.

§39 No es cierto que los delitos de peligro, y en especial los denominados de peligro concreto, sean de mera actividad, en la medida que comprenden una "situación de riesgo en el mundo real", que en principio tiene que ser valorada en función del objeto material de la conducta. De ahí que el efecto que se requiere en los delitos de peligro es la concreción de un riesgo respecto del bien materia de protección, lo que no lo convierte en un resultado material sino en uno valorativo y, en todo caso, graduable conforme a su mayor o menor intensidad.

§40 De otro lado, frente a los llamados delitos de peligro abstracto, que son los únicos que podrían asimilarse al concepto de mera actividad, en ellos la producción del riesgo para el bien jurídico es presumida por el legislador, sin perjuicio de que pueda admitirse prueba en contrario dentro de la apreciación del caso concreto. En consecuencia, el art. IV del Título Preliminar del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que la pena siempre requiere de un desvalor de resultado, ya sea en forma de lesión del bien jurídico o de efectiva puesta en peligro del mismo, sin perjuicio de que cuando el legislador presuma el riesgo (como ocurre, por ejemplo, en el delito



de tenencia ilegal de armas de fuego, considerado como un delito de mera actividad), sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, pues si bien en los delitos de mera actividad el legislador presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado, lo cierto es que tal presunción no puede ser de aquellas conocidas como *juri et de jure*, es decir, que no admiten prueba en contrario, en virtud al principio constitucional de presunción de inocencia y los derechos de defensa y contradicción.

§4L. En este orden de ideas, la defensa de Fujimori Fujimori se equivoca al postular que desde el punto de vista jurídico la única forma de daño que existe es el "concreto o real", con lo que deja de lado el "potencial" e incurre en error, pues con ese entendimiento contraría el Art. IV del Título Preliminar del Código Penal, que establece como antijuridicidad material la conducta que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos tutelados por la ley. Resulta extraña la conclusión arribada por la defensa técnica del procesado respecto a que con la apropiación de fondos públicos y su posterior devolución no se verificó antijuridicidad material de la conducta, cuando en las conclusiones de sus alegatos finales —fojas ocho mil ciento setenta y cuatro— consignó una serie de extractos bibliográficos que definen la antijuridicidad material no solo como la lesión de un bien jurídico, sino también como su puesta en peligro²⁵; algo que para los intereses patrimoniales del Estado es innegable frente a un acto de apropiación de fondos públicos, aún en el caso negado de admitir que el bien jurídico protegido es la correcta gestión del patrimonio público para la prestación de servicios públicos y los fondos fueran devueltos, pues, de todos modos, al momento de consumada la conducta, el peligro existió; que duda cabe que el umbral de peligro en el delito en cuestión viene dado por la misma apropiación de los caudales y con ello, la antijuridicidad material de la conducta típica.

²⁵ La defensa para fijar la definición de antijuridicidad material, correctamente, citó a: Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Tomo I. 2ª Ed. Civitas. Madrid- España, p. 558; Luzón Peña, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General I. Ed. Universitas S.A., Madrid- España, 1999, p. 323; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General. 3ª Ed. Ariel, Barcelona - España, 1989, p. 161; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 529; HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal Parte General I. 3ª ed. Pontificia Universidad Católica-Grijley-Universidad de Friburgo, Lima, 2005, p. 514.



§42 No obstante la claridad de este criterio doctrinal, erróneamente aprecia la defensa que en el caso en concreto podría haber acción típica sin daño, pero en realidad sucede todo lo contrario, se necesita que se produzca un daño que al menos consista en poner en peligro el interés tutelado. Por lo demás, y sin perjuicio de lo aquí establecido, es necesario dilucidar la corrección o incorrección de la perspectiva de la defensa respecto al bien jurídico en el delito de peculado doloso por apropiación y sus implicancias en el caso *sub examine*. La cuestión que debe resolver este Tribunal Supremo, entonces, es si, como sostiene el recurrente, la Constitución a través de su artículo setenta y siete, obliga a interpretar el bien jurídico protegido por el delito de peculado, como el patrimonio dirigido a la gestión de servicio público, al punto que una conducta de apropiación de caudales públicos por parte de funcionarios ligados a ellos, que no afectaron la gestión de un servicio público concreto, no constituya objeto de tutela por parte del sistema penal.

DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN

Del componente infracción de deber y violación de la confianza pública como objeto de tutela medial respecto al ultimo objeto de protección: patrimonio público

§43 El objeto de protección del delito de peculado constituye un bien jurídico de carácter colectivo –supraindividual- clásico, no abarcado por la aludida nueva tendencia expansionista de intervención Penal. Así, la infidelidad de los hombres de estado respecto del patrimonio público que administran, constituyen objeto de protección por el derecho penal de larga data, desde la *lex Julia* en Roma –*peculatus et de sacrilegios et de residuis*- hasta los códigos penales de la Francia de mil ochocientos diez, Alemania de mil ochocientos setenta e Italia de mil ochocientos ochenta y nueve, los que constituyen

antecedentes de la regulación nacional²⁶, especialmente la italiana, conforme anota ABANTO VÁSQUEZ.²⁷

§44. Inicialmente, para castigar el peculado era irrelevante que la conducta haya sido desarrollada por un funcionario o un particular, "pronto se observará una evolución en la concepción de esta figura que traslada el acento de su lesividad a la traición de la fe pública, comenzando así surgir la idea que lleva a observar en ella una infracción de los deberes que conciernen a determinados sujetos afectos a la cosa pública y, como ha señalado el propio DIAZ PALOS, remontándose a ese momento histórico "la divergencia doctrinal que más tarde se produce sobre la naturaleza jurídica de este delito"²⁸

§45. En virtud de sus orígenes, y superada la discusión del objeto de protección, se reconoce por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en general la naturaleza pluriofensiva del delito de peculado, afincada en dos objetos específicos: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y; b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad en la ejecución del patrimonio público²⁹.

§46. La defensa admite igualmente una plural afectación, considerando tanto i) al normal funcionamiento de la administración pública y, ii) el patrimonio estatal; además, precisó respecto al primero que debía analizarse una faz interna —funcionario con administración pública, como organización misma de la administración: deberes del cargo- y una fase externa —administración pública con ciudadanos, realizando los fines institucionales establecidos en la ley: servicios públicos³⁰, concluyendo

²⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. 4ta ed. Grifley, Lima, 2007, pp. 465-466. Más datos históricos en FRISANCHO APARICIO, Manuel/ PEÑA CABRERA, Raúl. Delitos contra la administración pública. Ed. FECAD, Lima, 1999.

²⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. 2da ed. Palestra, Lima, 2003, p. 331.

²⁸ DE LA MATA, Norberto y ETXEBARRÍA, Xabier. Malversación y lesión del patrimonio público. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 36.

²⁹ Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116, del treinta de setiembre de dos mil cinco.

³⁰ Así lo argumentó el abogado del acusado en la sesión de audiencia del quince de julio de dos mil nueve, a la que nos remitimos para mejor comprensión de su agravio, en tanto el escrito de impugnación no lo desarrolla y en el informe oral del seis de junio del presente año, lo mencionó sin profundización.



que únicamente esta última merece protección penal; y respecto al segundo, precisó que se protege el patrimonio del estado pero para la correcta ejecución del gasto público y lo eficaz en el servicio o en la prestación de los servicios públicos.

§47. Bajo estas premisas, se desprende con claridad que la defensa desconoce como componente del bien jurídico “el no abuso del poder del que se halla provisto el funcionario o servidor público atento a sus deberes funcionales de lealtad y probidad” —precisado en el Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-II16, del treinta de setiembre de dos mil cinco—, aunque contrariamente —conforme refirió en el informe oral— haya estimado correcto los componentes del bien jurídico descritos en el Acuerdo Plenario en mención.

§48. En efecto, aún cuando señala la existencia de un plural objeto de protección, en esencia, sus fundamentos apuntan únicamente a considerar como bien jurídico “la correcta gestión de los recursos públicos”, precisando entonces la necesidad de verificar la afectación a la “gestión del gasto público para una adecuada prestación de los servicios públicos”, considerando la producción de ésta cuando se afectó el servicio al que estaba destinado los fondos estatales apropiados.

§49. Hugo Álvarez sostiene que “en el delito de peculado siempre se afecta el patrimonio del Estado, pero con mayor incidencia al normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones”. Sostiene válidamente su posición en la ubicación legal del delito en mención, admitiendo que el patrimonio estatal será tomada en consideración por el juzgador para los fines de la paliación de la pena, pero sin que ello sea determinante para la consideración de la lesión, pues, afirma “se sanciona por igual quien se haya apropiado de dos mil nuevos soles o un millón de dólares”.³¹

§50. Para Creus, prevalece: “la preservación de la seguridad administrativa de los bienes públicos como garantía del normal cumplimiento de la función

³¹ HUGO ÁLVAREZ, Jorge. El delito de peculado. Gaceta Jurídica, 2006, p. 33.



patrimonial del Estado"³², el que se entiende afectado a través de la conducta desleal de apropiación (para la legislación argentina "sustracción") por parte del funcionario a quien se le confió los caudales públicos.

§ 51. De corte más radical, MAGGIORE estima que la finalidad del peculado "... no es tanto la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública, como el interés del Estado por la propiedad y fidelidad del funcionario público (...). En efecto el perjuicio propio del peculado, más que material, es moral y político, pues se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública. De aquí resulta que este delito es antológicamente perfecto, aunque no cause ninguna lesión patrimonial para la administración pública, como en el caso de que ésta sea cubierta por la fianza prestada por el funcionario"³³

§ 52. Sin embargo, de esta última postura solo es posible extraer la importancia que se le otorga al medio por el cual se afecta el bien jurídico protegido gasto público y no propiamente el mismo. En efecto, la doctrina nacional no se equivoca cuando estima que prevalece el interés patrimonial del Estado como objeto de protección específico de la norma prohibitiva en cuestión, pero a él ha de añadirse que su lesión es indirecta y por medio de la infidelidad mostrada por el funcionario apropiador.

§ 53. En consecuencia, la unidireccionalidad de afectación con el delito de peculado, constituye entonces uno de los errores de la tesis de la defensa. En efecto, no puede desconocerse como un componente del bien jurídico a los deberes de fidelidad del funcionario público en la administración del patrimonio estatal, aduciendo que la infracción de deber no puede ser objeto de tutela en un Estado Constitucional de Derecho, pues no es solitariamente la infracción del deber la que se protege sino vinculada a los caudales públicos y en conjunto con éstos.

³² CREUS, Carlos. *Derecho Penal- parte especial*. T II. 6ª Ed. Astrea Editorial. Buenos Aires, 1998, p. 286.

³³ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal, parte especial. Tomo. II*. Bogotá, Temis, 1972, p. 161.



~~§ 54~~ Tal extremo es acogido por importante doctrina nacional y extranjera³⁴. La mera infracción de un deber no puede fundamentar la intervención penal si no se pone en relación con el sustrato del que deriva dicho deber; y más aún, en Derecho penal, con un determinado objeto de tutela sobre el que se proyecta el deber de garantizar su indemnidad.³⁵ agrega De La Mata y Exebarría, citando a Bacigalupo: "Es aceptable, desde un punto de vista objetivo, entender que la infracción de un deber está presente y es relevante, en tanto que "la legalidad de la actividad administrativa y el correcto ejercicio de la potestad administrativa dependen de su ejercicio en forma adecuada a los deberes del funcionario"³⁶. Este aspecto personal del componente del objeto de tutela, debido a su fuerte vinculación, bajo una relación antecedente/consecuente, con el patrimonio público, viene a constituir lo que en palabras de Schüneman sería un "bien jurídico intermedio"³⁷.

§ 55 Resultan pues el reverso y anverso de una misma moneda, se trata de una pluriofensividad dependiente; en tanto, desde una perspectiva macro, dado el volumen de los fondos públicos que administra el Estado, en la generalidad de los casos, no puede evaluarse su afectación respecto de una apropiación de caudales en concreto, el fenómeno lesionante perceptible se produce por la proliferación de conductas infieles al deber y el efecto repetitivo que su tolerancia permitiría -regido por el llamado pensamiento de la acumulación-, de allí que resulte más adecuada su protección a través de la tutela de la conducta anterior al perjuicio concreto -a verificar- o al peligro de su lesión -inmediata a la conducta-.

³⁴ Al respecto PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, Vol. IV, Ed. Sagitario, Lima, 1990, pp. 297-298; ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999, pp. 77 - 316. Alude a la pluriofensividad también: Fontán Balestra, Carlos Creus; asimismo, destacan la importancia del elemento personal Groizar, Lopez-Rey y Alvarez Valdes, Jaramillo, Cuello, Díaz Palo, Olesa Y Jaso (todos citados por DE LA MATA, Norberto y ETXEBARRÍA, Xabier. Op. cit. p. 67 - 68).

³⁵ DE LA MATA, Norberto y ETXEBARRÍA, Xabier. Op. cit. p. 72.

³⁶ Ibidem. p. 74.

³⁷ SCHÜNEMAN Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: *La Teoría del bien jurídico (Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?)* op. cit. p. 223.



§ 56. Por ello, el reconocimiento de los deberes de fidelidad del funcionario público en la administración del patrimonio estatal como relevante elemento de protección por el derecho penal —bien jurídico intermedio e inmediato—, se justifica en la garantizada afectación a los intereses estatales —bien jurídico último— que su consentimiento o protección por medios menos disuasivos —como el derecho administrativo sancionador—, acarrearían.

§ 57. Tal interpretación no es arbitraria o caprichosa, sino que es compatible con la estructura del tipo penal fijada por el legislador, por lo que desconocerlo y admitir la sola afectación del gasto público en la ejecución de servicios públicos, como objeto de protección, dejaría sin contenido la propia estructura del tipo penal de peculado, al considerar al funcionario o servidor público como sujeto activo del mismo, dado que la misma imposibilidad de gestión puede provenir de la sustracción por parte de particulares —*intraneus*—. La consideración de la infracción de fidelidad se asienta en que es en función del cargo confiado que el sujeto activo adquiere cercanía con los caudales públicos, y con ello, surge la confianza social —que merece protección de alto alcance y mayor efecto disuasorio, que la proporcionada por la sanción administrativa, en tanto se encuentra en estrecha vinculación con el patrimonio público— de que éste no superpondrá sus intereses privados a los públicos y garantizará su incolumidad, de ahí la exigencia típica de la relación funcional entre el agente y los bienes que administra.

§ 58. Por tanto, la impugnada sostuvo de modo concreto, claro, y correcto este componente al afirmar que con la apropiación se produjo "*una lesión inmediata de varios bienes jurídicos, como los deberes de probidad, transparencia, lealtad y diligencia que tiene que observar el funcionario que administra, custodia o percibe bienes y caudales públicos...*"³⁸.

§ 59. El empleo de un criterio amplio que proteja los fines patrimoniales de la Administración Pública hasta un estado de peligro, incluso encuentra correlato en el juicio utilizado por el legislador para ampliar, más allá de términos administrativos, la calidad del sujeto activo, conforme se desprende de los artículos cuatrocientos veinticinco y trescientos noventa y dos del

³⁸ Fundamento 56 de al Sentencia recurrida.



Código Penal, en tanto para una mejor protección del bien jurídico *"importa más la relación del autor con los dineros o bienes de propiedad pública, antes que sus títulos, nombramientos o grados jerárquicos administrativos"*³⁹. De allí que se incida indirectamente en abarcar a toda persona que sea depositaria de la confianza del Estado para custodiar bienes públicos, lo que pone relevancia al elemento del bien jurídico, violación a la fidelidad en la administración de caudales públicos —rechazado por la defensa del recurrente.

§60 Asimismo, desde una perspectiva criminológica y de política criminal en orden a una mejor tutela de los intereses patrimoniales del Estado, no corresponde ignorar el elemento personal del bien jurídico in comento, y admitir la devolución del dinero público apropiado como suficiente para la no intervención del derecho penal cuando desartolla la conducta ilícita procura que ésta no sea develada, constituyendo un freno a sus fines criminales que el descubrimiento genere consecuencias penales; sin embargo la postura de la defensa se orienta a la línea contraria.

§61. Por lo demás, respecto al argumento planteado por la defensa al tutelarse los deberes de función vinculados al patrimonio público aquí evaluados, que por su propia naturaleza están siempre vinculadas funcionalmente a los fines externos de la administración pública — para considerar que los deberes funcionariales tienen una connotación interna no es necesario que los fondos del Estado se hallen previamente destinados al cumplimiento de un servicio público determinado—, no es de recibo calificarlos como una mera infracción disciplinaria que no excede los contornos específicamente administrativos; aclarando, Abanto Vásquez, en atención a tal agravio, que el *"el deber del cargo que la doctrina española critica (al igual que él) no es el deber efectivamente existente entre las relaciones entre el funcionario y la administración, sino el entendimiento de que eso sería equivalente a un bien jurídico (específico) o podría fundamentarlo por sí solo"*⁴⁰, en buena cuenta, lo inaceptable es tutelar de manera autónoma, a través del sistema penal, una infracción de deber, no así cuando su función medial elevada a una categoría de necesaria protección, constituye eslabón insoslayable para proteger los intereses patrimoniales del

³⁹ VERAU M., Ricardo Antonio. Malversación de fondos: ¿Cuándo acudir al juzgado penal?.

⁴⁰ Abanto Vásquez. Op. cit. nota 725. p. 332.



Estado. En apoyo a ello consideramos oportuno lo fijado por ROCA AGAPITO —citado por la defensa del recurrente— cuando señala que “La infracción del deber será relevante penalmente si afecta las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la Administración, porque impide u obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, porque pone en peligro las posibilidades de acceso o disfrute de los servicios públicos⁴¹. En consecuencia, la plural dirección de tutela —elemento personal de fidelidad y patrimonial— permite, en conjunto, concebir como fin último “el buen funcionamiento de la Administración, es decir, en la eficiencia de la misma, como capacidad de perseguir los fines que le vengán impuesto por la ley”⁴²,

Del componente patrimonio público

§ 62 De otro lado, en cuanto al componente del bien jurídico “interés patrimonial de la Administración Pública” o “patrimonio estatal”, estimamos correcto que ha de ser interpretado desde una perspectiva funcional. El error advertido en el discurso de la defensa viene de considerar que la única funcionalidad del mismo se limita a la gestión del gasto en servicios públicos concretos, en tanto afirma que la afectación material del bien jurídico se ha de expresar en el impedimento de llevar cabo el servicio público al que estaban asignados, como finalidad presupuestal, los fondos objeto de apropiación. Este yerro a su vez tiene como causa el asignar al presupuesto público únicamente una función ejecutiva, olvidando que dicho instrumento tiene también fines programáticos y de reserva.

§ 63 Asimismo, no debe confundirse el bien que se pretende cautelar con los fines que con éste se alcanza —estos no requieren evidenciarse—. En efecto, dado el circuito burocrático y la secuencialidad por la que atraviesa el patrimonio público antes de cumplir con el interés de su titular —la administración pública—, incluso antes que sea asignado, devengado⁴³ girado y/o pagado, su protección se impone desde instancias anteriores al momento de la verificación del gasto para el cumplimiento del servicio público, precisamente para garantizar el

⁴¹ ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Bosch Editor. Barcelona-España, 1999, p. 46-47.

⁴² SEGRETO/DE LUCA, *Dilitti Dei Publici Ufficiali*. P. 77. citado por EXTEBARRIA Y DE LA MATA op. cit. P. 44-45.

⁴³ El Devengado representa la afectación definitiva de una Asignación Presupuestaria.



cumplimiento del mismo. Pues, con la perspectiva del recurrente, lo mismo se puede decir de otros bienes jurídicos, por ejemplo con la integridad física, el orden constitucional y la hacienda pública en delitos tributarios, los que en "clave funcional" –que entiende la defensa- su afectación se verificaría no por su lesión o puesta en peligro en sí mismos, sino por la imposibilidad de los fines por los que existen: realización digna de la persona, Estado democrático y sostenimiento del gasto público, respectivamente, los que necesariamente tendrían que identificarse concretamente y comprobarse para que se proceda a su sanción, pese a que una conducta se verificó con los presupuestos fácticos de la norma penal que los protege. En ocasiones, la excesiva intención de concretización del bien jurídico, especialmente respecto de los de naturaleza colectiva, generan un efecto contrario al esperado por el sistema penal, que si bien restringido en su aplicación por los derechos individuales que afecta, no debe entenderse como expectante ante las conductas que objetivamente peligran los bienes jurídicos perfectamente identificados.⁴⁴

§64. CREUS asevera que lo que debe prevalecer es "la preservación de la seguridad administrativa de los bienes públicos como garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado". En esta línea, el Tribunal de Instancia,

⁴⁴ Es así que advertimos que la tesis de la defensa –la de De La Mata y Etxebarria en su obra tantas veces citada- surgió de la interpretación que, en su momento, se desarrolló para solucionar la problemática que en determinados casos suscitaba la aplicación del delito de estafa, especialmente para aquellos en los que el sujeto pasivo consideraba afectado sus derechos patrimoniales pese a que recibía, en contraprestación a su desembolso dinerario, un bien de similar valor, pero no el esperado. Para lo cual se estimó que debía protegerse el "valor de uso" del patrimonio, que hace referencia a la utilidad que del mismo pretende obtener su titular (DE LA MATA Y ETXEBARRIA, op. cit. p. 87), ya que en determinados casos podía afirmarse la concurrencia de daño cuando contablemente no se produce variación alguna en el "saldo real" del patrimonio afectado, concibiéndose entonces al patrimonio privado como el conjunto de bienes pertenecientes a una persona, pero individualizado para la satisfacción de necesidades personales, desvinculándose así de una perspectiva exclusivamente contable (ibídem p. 88).

Sin embargo, no ha de perderse la correcta perspectiva pues dicho análisis está dirigido a una mejor protección del bien jurídico, antes que a su restricción, lo que significa que no por ello cuando se esté frente estafas con desbalance patrimonial evidente entre lo aportado y lo recibido, se indagará en el interés instrumental que el sujeto pasivo haya tenido en el bien, su lesión o puesta en peligro será inmediatamente presumida frente a su denuncia. Asimismo, el afán del traslado de dichos fundamentos al evaluar el patrimonio público obliga al intérprete a forzar su argumentación, ensayando una estimación similar cuando la funcionalidad del patrimonio del Estado responde a una lógica distinta –si bien mejor identificable dada la legalidad en la ejecución del gasto-, con fines de protección de mayor rango que alcanzan a la evitación de su estado de peligro.



113
Entendiéndose a la Ejecutoria Suprema número 3858-2001/La Libertad, del trece de marzo de dos mil tres, consideró que la Administración Pública se ve lesionada "al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes", lo que en clave funcional significa que con ello se puso en grave riesgo los fines patrimoniales del Estado, esto es, el cumplimiento de servicios públicos.

§65 La trascendencia supraindividual que reviste la gestión del patrimonio de todos obliga pues a un mayor alcance de protección que se extiende a la "capacidad del Estado de disponer de dichos bienes"-aunque ello *per se* no signifique el incumplimiento de políticas públicas concretas-; de allí que en realidad el interés patrimonial que el tipo penal de peculado tutela se afinca en la sola puesta en peligro de la capacidad de gestión del Estado para cumplir con su finalidad de prestar servicios públicos -a dicho efecto, el mero acto de apropiación resulta materialmente idóneo-, y no en la afectación tangible de un servicio público específico. Por lo que se tutela, como apuntó CREUS, la sola conservación del patrimonio público dentro de la esfera de disponibilidad de la administración pública, como garantía del cumplimiento de la función patrimonial del Estado -ese fin o efecto de la intangibilidad del bien jurídico que la defensa desprendiéndolo de su raíz, estima como único, autónomo y de protección independiente-.

§66 Esta postura se sostiene además en las propias actividades y fines gubernamentales, y del análisis de los elementos del presupuesto público como herramienta de gestión estatal -planificación, ejecución y control- y garantía del eficiente funcionamiento de las actividades gubernamentales. Los fondos estatales presupuestados permiten la prestación de servicios públicos, sin embargo, los mismos no son realizados de manera instantánea; por lo que el fraccionamiento o desvío a intereses particulares de los mismos, en un ejercicio gubernamental determinado, no necesariamente tiene que afectar la prestación agendada. Sin embargo, tal acción, indiscutiblemente, la pone de inmediato en riesgo, pues al haber sido separados -para empleo privado, sin proyección de retorno, como corresponde a un análisis post consumativo inmediato-, de manera inminente se evidencia la ausencia de garantía de su restitución. La devolución posterior, y aún oportuna, no elimina el tiempo en que estuvo en riesgo la capacidad de gasto -mediata o inmediata, presupuestada o no-, de la Administración Pública, y con ello la afectación del bien jurídico.



967. De otro lado, es menester apuntar que la doctrina española citada por la defensa, y las conclusiones a las que arriba a partir de ellas, constituye una corriente minoritaria que contradice el tipo del delito de malversación –peculado, según nuestra regulación– regulado en el artículo 432 del Código Penal español de 1995⁴⁵, a través del cual se acoge el daño o entorpecimiento producido al servicio público, únicamente como agravante del tipo base; este, solo exige la “sustracción con ánimo de lucro” por parte del funcionario público de los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Y la utilización privada de fondos públicos. Por lo que la materialización de la lesión al bien jurídico se limita al acto de sustracción. Lo establecido en el siguiente articulado de la legislación en mención⁴⁶, corresponde a una conducta distinta a la evaluada en el presente pronunciamiento –la de apropiación, para nuestra legislación, y sustracción con ánimo de lucro para la española–.

968. En adición, desde una interpretación literal del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, se advierte que el diseño del supuesto de hecho no consiente la “afectación al servicio” como parte integrante de la prohibición, lo cual, conforme al principio de legalidad, no puede ser integrado vía interpretación dogmática –foránea–, ni por analogía con el delito de malversación de fondos –que sí lo regula–, como pretende el recurrente al considerar que entre ellos existe una relación de género a especie, como en el caso del homicidio simple y el asesinato; pues, aún cuando se asemejen en su objeto genérico de protección –patrimonio público–, su objeto específico de tutela y configuración es distinta, aunque legislativamente sean tratados bajo la misma sección⁴⁷. El delito de malversación de fondos no tutela los deberes de

⁴⁵ El numeral 2. del artículo 432 del Código Penal español establece: “Se impondrá (...) si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público”.

⁴⁶ El artículo 433 del Código Penal español sanciona a la “autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones (...). Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrá las penas del artículo anterior”. De este precepto es viable afinar que el reintegro del dinero opera como causa de exclusión de pena post consumativa, esto es, tras afectar el bien jurídico.

⁴⁷ Abanto Vázquez. Op. Cit. 332.



probidad, transparencia y lealtad que tiene que observar el funcionario con los fondos puestos a su disposición —no admitido por la defensa—, pues este no los separa de la administración pública, sino que les da, dentro de ella, un destino diferente al presupuestado; asimismo, el Estado no se ve perjudicado con una aplicación privada, y por tanto, con la potencial imposibilidad de ejecutar servicios públicos, sino que, de todos modos, los fondos cumplieron con satisfacer una prestación pública determinada, pero distinta. La menor lesividad que ello supone⁴⁸ permite admitir para la intervención penal de un elemento típico de resultado adicional, la afectación al servicio o la función encomendada. En consecuencia, las diferencias anotadas permiten concluir que la analogía propuesta por la defensa —tipo base y tipo agravado, tal como sucede entre el delito de homicidio simple y el asesinato— no es viable.

§ 69. En efecto, admitir la tesis de defensa supondría una serie de inconsistencias en ciertas circunstancias y respecto de algunas figuras jurídicas de naturaleza penal y administrativa, así, podemos observar que:

- a. Desde la perspectiva del presupuesto público: i) no todos los fondos se encuentran asignados a actividades y proyectos (servicios públicos) determinados, mayormente aparecen de manera genérica, en tanto su programación se hace, principalmente, en base a estimados⁴⁹ y genéricas de gasto; ii) los que se encuentran asignados no siempre son utilizados por observaciones de tipo administrativa, por ejemplo, hoy por las exigencias del SNIP —problemas de ejecución de presupuesto donde la no realización del servicio público obedece a cuestiones distintas a la apropiación de dinero—; iii) los compromisos atendibles dentro del presupuesto público tienen diversa clasificación, algunos de ellos tienen naturaleza eventual, por lo que su apropiación no generaría la afectación de servicio alguno, por ejemplo el compromiso

⁴⁸ Que generó su despenalización en el sistema español con la dación del Código Penal de 1995.

⁴⁹ Ley número 26703 "Ley de Gestión Presupuestaria del Estado" artículo 19: "El proceso de Programación Presupuestaria comprende la estimación de los ingresos y la previsión de los gastos, orientados a la prestación de servicios públicos en el marco de los objetivos nacionales de naturaleza económica y social".



por estimado⁵⁰; iv) además se tienen créditos suplementarios; por captación y obtención de Recursos financieros distintos a los de la Fuente de Recursos Ordinarios, antes de ser comunicados a la Dirección General de Presupuesto; v) Reserva de contingencia⁵¹; en fin, una variedad de rubros de recursos que aún cuando otorgados desde la Ley de Presupuesto Anual, presentan techos de financiamiento expectantes a los requerimientos de los pliegos presupuestales -sostenidos precisamente para eventualidades como las que fundamentaron la salida del dinero apropiado por el ex Presidente imputado-, que permiten que desde las más altas esferas de la Administración Pública y bajo los subterfugios empleados los fondos sean apropiados, siendo la afectación a un servicio público determinado de imposible identificación, pues desde ya resulta difícil determinar que el fracaso de una meta presupuestal específica se pueda deber a un acto de apropiación en concreto; sin embargo, esa condición no los excluye de protección penal, ni permite su apropiación temporal o definitiva, en tanto, por su condición de fondos públicos su finalidad será siempre de integrarse en algún momento al gasto público para el cumplimiento de un fin de la administración, y mientras ello no suceda, deberá permanecer dentro de la disponibilidad de la administración pública, como garantía de la capacidad de respuesta del Estado y en resguardo de que tales fines se cumplan.

Tanto peor, tampoco vulneraría "materialmente" el bien jurídico protegido por el delito de peculado, la apropiación del funcionario o servidor público de los caudales excedentes tras la ejecución de un servicio público concreto, en tanto, su asignación presupuestal al haber cumplido su finalidad, no afectó la prestación del servicio; y tremendas

⁵⁰ Resolución Directoral número 007-99-EF-76.01, que aprueba el "Glosario de términos del sistema de gestión presupuestaria del Estado", define como **Compromiso por estimado**: "los que se realizan para atender posibles gastos, cuyo importe no es determinable, contándose con el financiamiento correspondiente. Afectan preventivamente la atención de gastos de tipo periódico no homogéneo" (el subrayado es nuestro).

⁵¹ Ley número 26703, artículo 17: **Reserva de Contingencia**: "Las Leyes Anuales de Presupuesto consideran la apertura de una Reserva de Contingencia, que constituye una Asignación Presupuestal Global, dentro del presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas, destinada a financiar los gastos que por su naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los Presupuestos de las Entidades del Sector Público".



dificultades representaría el tratar de descifrar tal lesión ante la sustracción de valioso mobiliario del Estado, que únicamente tenga fines ornamentales.

En similar situación a los casos descritos se presentaban los fondos objeto de apropiación por el procesado Alberto Fujimori Fujimori, el dinero fresco egresó del Tesoro Público obedeció a un mandato legal generado a través del Decreto de Urgencia número 08I-2000, que autorizó tanto al Pliego 026 del MINDEF, a utilizar recursos financieros correspondientes a la fuente de financiamiento⁵² de recursos ordinarios hasta por la suma de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles, como al MEF a transferir recursos financieros por dicha suma al MINDEF. Como se observa, para el empleo de dichos recursos se empleó un instrumento legal de disposición patrimonial de emergencia -decreto de urgencia- con la finalidad de cubrir una eventualidad -falsa-, por lo que dichos fondos -en apariencia, no viene determinado por los hechos conformados- no estaban asignados a una prestación pública inmediata, y no por ello, su apropiación ha de ser simplemente observada por el derecho penal, sin posibilidad de intervención a través de una sanción. De allí la trascendencia de admitir lesionado el bien jurídico con el apoderamiento, pues los fondos públicos se cautelan también a ese nivel para garantizar la capacidad de reacción estatal que la gestión requiera.

- b. Desde la perspectiva de la teoría del delito y el principio de legalidad, la tesis defensiva obligaría a posponer la intervención penal, tras la identificación de un acto de apropiación de caudales públicos, a un espacio temporal indeterminado, pues en todos los casos en que se verifique dicha conducta, habría que, primero, esperar -con lo difícil que sería delimitar el elemento temporal, pues éste cabría aún después de su detección por las

⁵² Resolución Directoral número 007-99-EF-76.01, lo define como: "una modalidad de clasificación presupuestaria de los Ingresos del Estado. De acuerdo al origen de los recursos que comprende cada Fuente de Financiamiento, se distinguen en: Recursos Ordinarios, Canon y Sobrecanon, Participación en Rentas de Aduanas, Contribuciones a Fondos, Fondo de Compensación Municipal, Otros Impuestos Municipales, Recursos Directamente Recaudados, Recursos por Operaciones Oficiales de Crédito Interno, Recursos por Operaciones Oficiales de Crédito Externo, y, Donaciones y Transferencias.



~~autoridades, pero antes de que se afecte el servicio-, la afectación del servicio público como tenemos anotado, no siempre posible- al que estaba presupuestalmente asignados los caudales estatales apropiados; pues si antes de ello el funcionario público los revierte, solo cabría, a su juicio, la intervención del derecho administrativo, con sanciones de efectos menos disuasorios y preventivos que tal conducta en realidad requiere. El derecho penal del Estado Constitucional de Derecho, de este modo, no cumpliría, a nuestro juicio, su función de salvaguardia de los presupuestos esenciales para la convivencia social.~~

De igual modo, como ya se tiene anotado, desde la posición de la defensa no podría ser punible incluso la tentativa del delito de peculado —reconocido por toda la doctrina nacional-, pues si consumado —en su totalidad- “formalmente” el tipo delictivo, no es posible su punibilidad, menos lo serán los inicios de ejecución del tipo penal, en el que no se afectó el bien jurídico patrimonio público al no haberse verificado en su totalidad los elementos objetivos de la norma prohibitiva —aunque subjetivamente, la tentativa es idéntica al delito doloso- olvidándose que su protección se sustenta en la puesta en peligro del bien jurídico, punible según el artículo dieciséis de nuestro Código Penal. Es pues en este contexto que el Tribunal Sentenciador afirmó que la antijuridicidad material en la legislación nacional se circunscribía al caso del delito imposible o tentativa inidónea.

Visión Constitucional

§ 70. Ahora bien, la defensa ha pretendido reforzar su análisis desde la perspectiva constitucional, aludiendo al principio constitucional de eficiencia presupuestal, regulado en el artículo setenta y siete de la Carta Política, sin embargo la interpretación aludida es compatible para la propia ejecución del gasto, mas no para su debida protección, para lo cual es menester atender a los argumentos expuestos. VIVES ANTON sostiene que los bienes jurídicos no se hallan —expresamente- en la Constitución sino que cabe extraerlos a partir



de ella, de los principios y derechos en ella reconocidos, y de acuerdo con el procedimiento democrático⁵³.

§ 71. Antes bien, debe resaltarse la legitimidad constitucional que tiene el legislador para delimitar el ámbito de protección en los llamados bienes jurídicos colectivos, a través de la construcción de los tipos legales, precisamente para mejor protección de los mismos —de estricto respeto al principio de legalidad, sin confundirse el objeto de tutela con su forma de protección—, que no dan cabida a las reformulaciones interpretativas que innecesaria y excesivamente viene polemizando la defensa. Así también entiende Abanto Vásquez cuando afirma que “pese a los esfuerzos interpretativos, siempre quedarán figuras típicas, cuya existencia o alcance, no podrán ser explicados con ayuda del bien jurídico propuesto —correcto funcionamiento de la Administración Pública— Para estos casos se necesita una reforma legislativa”⁵⁴; tal es el caso de la configuración típica del delito de peculado, donde como se tiene anotado, el legislador fijó el bien jurídico objeto de protección a través del establecimiento del momento consumativo del mismo, delimitando el ámbito de tutela a un interés supraindividual, producido antes de la afectación de algún servicio concreto, como parte de su facultad legislativa⁵⁵, en tanto, “a la indeterminación material de las disposiciones constitucionales se une a que el legislador goza de la prerrogativa de evaluación, es decir, de un ámbito de libertad a la hora de juzgar la idoneidad y la necesidad de las limitaciones de la libertad legalmente establecidas, y también en la toma de decisiones valorativas sobre la proporcionalidad entre la utilización de medios penales y los fines de protección de bienes jurídicos”. Es así que “el Derecho penal protege los derechos fundamentales en la medida en que éstos, a través de un

⁵³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON. Derecho Penal Parte General. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 319.

⁵⁴ ABANTO VÁSQUEZ, op. cit., p.20,

⁵⁵ Al legislador no le resultó ajeno los supuestos “daño o entorpecimiento al servicio o función” o “desvío de carácter definitivo”⁵⁵⁹, pues fueron empleados expresamente al regular el delito de malversación de fondos, términos que intencional y preconcebidamente omitió al regular el delito de peculado por apropiación —donde destaca el *animo rem sibi habendi*, al comportarse como dueño de la cosa pública sin contar con capacidad para ello—, considerando de este modo que la afectación a los intereses patrimoniales del Estado —el servicio público— era puesto en peligro por el mero acto de apropiación por parte del funcionario público vinculado a los caudales, destacando que en este tipo de conductas la relevancia que tiene la infracción desleal de violar la confianza que se le depositó al entregarle caudales públicos.



proceso de normativización, son reelaborados en función de necesidades específicas y de determinados principios característicos y convertidos en bienes jurídicos”⁵⁶.

§ 72 Asimismo, consideramos que el sistema de creencias vigente –coetáneo a los hechos y el actual- constituye un referente con base constitucional que convalida la validez de la construcción del delito de peculado y la interpretación aquí arribada respecto a su objeto de tutela, en tanto, “El marco de los bienes, intereses o valores constitucionales expresan el consenso en un determinado momento histórico, lo que supone la cristalización de un “sistema de creencias” que, sin embargo, no debe quedar congelado en un momento histórico.”⁵⁷ Para lo cual, es oportuno señalar que en el Perú, el legislador pese a que recientemente ha acogido una posición garantista y reduccionista –cuya crítica no constituye objeto del presente fundamento- al modificar ciertos delitos que tutelan la Administración Pública –como la colusión desleal y tráfico de influencias- no estimó modificación alguna para el delito de peculado en el orden propuesto por la defensa. De ello se desprende que la tesis de la defensa no constituye una cuestión relevante para nuestro contexto social, Por el contrario, los convenios internacionales, que comunican la vigencia de determinado sistema de creencias, y que integran nuestro marco constitucional, establecen una tendencia –coetánea a la verificación de la conducta incriminada- contraria a la interpretación asumida por el recurrente, así el Artículo II de la Convención Interamericana de la Corrupción, refiere que “los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: I. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones”. El artículo XI señala que: “A los fines de

⁵⁶ MUÑOZ CONDE. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal. En El nuevo derecho penal español. Estudios Penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. QUINTERO OLIVARES/MORALES PARTS (coord.). Aranzadi, Navarra, 2001, p. 562 y 567.

⁵⁷ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien Jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo. In: Constitución, derecho fundamentales y sistema penal. T I, Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 110.



impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas: b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada. d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa. Y a los fines específicos de orientación respecto al delito de peculado, el artículo XII fijó que: "Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado". Con lo cual se admite para la adecuada protección de los fines patrimoniales del Estado y la lucha anticorrupción que se pretende combatir, la elevación a bien jurídico medial del elemento personal, esto es, la fidelidad y honestidad en la administración de los fondos públicos.

§ 73 En suma, no se repele pues que el objeto principal de tutela sea el patrimonio público, y el fin de este en clave funcional sea la correcta ejecución del gasto para la realización de servicios públicos; sin embargo, se destaca que para finalmente alcanzar ello resulta necesario poner especial acento en la infracción del deber de fidelidad e integridad del funcionario para con la Administración Pública del patrimonio estatal –rectitud de su conducta sobre la cosa pública- lo que guarda una relación de funcionalidad con el bien jurídico último y sus fines –patrimonio estatal/gasto público/servicio público-, y así, conseguir como objetivo más elevado el correcto funcionamiento de la Administración Pública en su aspecto patrimonial; todo lo cual se ve afectado con la sola conducta de apropiación, determinada por el legislador. El error reside por tanto en el rechazo a la infracción del deber aludida como a la confusión entre el patrimonio público –como objeto de tutela- y los fines que con éste se persigue.



§ 74. Desde esta elucidada perspectiva jurídica del objeto de tutela, queda claro que el procesado Alberto Fujimori Fujimori con la apropiación de quince millones de dólares del patrimonio público, respecto del cual tenía plena disponibilidad jurídica —junto a sus Ministros de Estado—, y destinándolo a favor de un tercero, sin que de inicio se haya previsto su restitución —conforme emerge de la logicidad de la sucesión de hechos de la acusación fiscal— quebrantó su deber de custodia y administración del patrimonio público y con ello la confianza en él depositada, asimismo, puso de inmediato en evidente peligro el logro de la ejecución de servicios públicos para los que dichos fondos estaban —genéricamente, desde su propia naturaleza— destinados, mediata o inmediatamente, con lo cual, en suma, el bien jurídico plural se vio de un lado perjudicado y de otro puesto en grave peligro —tanto por la suma, como por el destino original que se le dio—, alterándose claramente el normal funcionamiento de la administración pública en su aspecto patrimonial.

§ 75. Finalmente, debe tenerse en cuenta, que lo aquí discutido (relevancia de la apropiación de fondos públicos para la vulneración del bien jurídico) es distinto a la que se viene debatiendo por un sector de la doctrina y la jurisprudencia respecto a la exigüidad en la lesión del bien jurídico, por la significancia del monto objeto de apropiación. Lo analizado permite apreciar que las conclusiones arribadas respecto al bien jurídico delimitado por la sentencia impugnada es sólida, reforzada incluso a partir de la confrontación con los argumentos contrarios expuestos por la defensa. De este modo se rechaza que la devolución de fondos públicos, tras ser apropiados, aún temporalmente, tengan significación para considerar indisuntamente, a) ausencia de antijuridicidad material por no vulneración del bien jurídico; y, b) arrepentimiento activo del agente con efecto de exclusión de pena.

DEVOLUCIÓN DE FONDOS PÚBLICOS Y NECESIDAD DE PENA

§ 76. A otro nivel de análisis corresponde el agravio por el cual se considera la devolución del dinero apropiado por el sentenciado como circunstancia de



exclusión de necesidad de pena, aún cuando se considere materialmente consumado el delito.

§ 77. Al respecto, el Tribunal no se equivoca, como estima la defensa, al sostener que "conforme a la legislación penal vigente, la reparación posterior al daño ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad"; lo que debe entenderse en el marco de análisis del delito y hecho conformado que fue objeto de juzgamiento por el Tribunal.

§ 78. La defensa contradice este fundamento descontextualizando la afirmación del Tribunal, pues si bien, la legislación prevé efecto exoneratorio a la restitución post consumativa para determinadas figuras penales, no lo contempla para el delito de peculado. La repetida remisión a la legislación por parte de la defensa⁵⁸ no hace sino confirmar la reserva legal para dicho cometido.

§ 79. Tal exigencia normativa para la extensión de este beneficio fue también reconocida, en mayoría, por las Salas Penales de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario número 2-2009/CJ-116, del trece de noviembre de dos mil nueve, en el que precisamente se restringió, en estricto respeto del principio de legalidad, la procedencia de exclusión de pena por regularización tributaria únicamente a los casos de cancelación total de la deuda tributaria —como así estaba establecido en la ley que lo regulaba—, considerando inviable su procedencia para los casos en que solo se hayan presentado solicitudes de acogimiento a leyes de sinceramiento de deudas tributarias con el fraccionamiento respectivo *de la misma*. Al respecto se señaló en el fundamento trece que: "el hecho de reconocer la deuda tributaria y su imposibilidad de pago oportuno, al igual que la emisión de la correspondiente autorización administrativa que acepta el aplazamiento y/o el fraccionamiento de su pago, en modo alguno tiene relevancia jurídico penal cuando el incumplimiento de la obligación tributaria trae su causa en la comisión de delitos tributarios, a menos que el legislador por medio de una norma con rango de ley así lo decida, clara e inequívocamente. Razones de prevención general explican esta conclusión, en

⁵⁸ Citó los artículos 212º —delito contra el Sistema Crediticio—, 215 º —delito de libramiento indebido— del Código Penal, Decreto Legislativo 815 —delitos tributarios— y Ley 27378 —para delitos de criminalidad organizada—.



~~tanto que ya se produjo la conducta delictiva y la consiguiente afectación a la Hacienda Pública".~~

§80 En consecuencia, los agravios esgrimidos al respecto, solo tienen entidad motivadora para el legislador, y no para el órgano jurisdiccional cuya actuación se circunscribe en los límites que la Ley señala; por tanto, no es admisible la pretensión exoneratoria de pena propuesta por la defensa.

§81. De otro lado, respecto a la atenuación de la pena —al respecto nada se dijo en la audiencia de impugnación y poco se explica en el escrito de recurso de nulidad—, se advierte que la apreciación fijada por el Tribunal de Instancia respecto de la ausencia de espontaneidad en la reversión de los fondos públicos apropiados es absolutamente correcta en tanto ello se desprende de los propios hechos conformados cuando se afirma que “El general Bergamino Cruz, al percatarse de la magnitud y consecuencias del hecho delictivo en que había incurrido y enterarse que Montesinos Torres había viajado a Panamá, reclamó intensamente la devolución de la suma de dinero materia del peculado, suma que le fue entregada por Alberto Fujimori Fujimori”; la pena máxima fijada por el Tribunal Supremo se sustentó válidamente en una pluralidad de circunstancias agravatorias de suma trascendencia —acabadamente identificadas y detalladas, entre ellas, el concurso delictivo con el delito de falsedad ideológica—, que no justificaban una disminución adicional a la establecida por el beneficio de su acogimiento a la Ley veintiocho mil ciento veintidós —conclusión anticipada del juzgamiento—, conforme aplicó el Tribunal Sentenciador, en consecuencia, este no inaplicó la circunstancia atenuante de reversión, sino que la ponderó junto a las circunstancias agravatorias a efectos de establecer la pena justa. En virtud de lo cual, tal agravio —descrito en el literal b.8 de la presente Ejecutoria— no es de recibo para la modificación de la pena impuesta.

DE LA RELACIÓN FUNCIONAL CON LOS FONDOS OBJETO DE APROPIACIÓN

§82 La defensa considera que a su patrocinado no le correspondería el calificativo de autor, en tanto de acuerdo al artículo ciento dieciocho de la Constitución



Política del Estado la administración de los pliegos presupuestales le corresponde a los Ministros de Estado. Es menester precisar que tal argumento no fue formulado como contradicción a la acusación fiscal que ya establecía el mismo título de imputación, ni mencionado durante la audiencia pública de impugnación, aunque sí, sin mayor desarrollo, consignado en su escrito de recurso de nulidad.

§83 Sin embargo, tal alegación no es admisible pues el vínculo con los fondos públicos apropiados se desprende claramente de la disponibilidad jurídica que sobre los mismos ejerció el procesado Fujimori Fujimori como administrador de la Hacienda Pública, evidenciado a través del instrumento legal -Decreto de Urgencia- que se empleó para concretar la desviación de los mismos, cuya dación constituye una prerrogativa exclusiva a su cargo como Presidente de la República, conforme lo establece el artículo ciento dieciocho de la Constitución Política de la Nación; y aún cuando con el mismo se haya autorizando al pliego del Ministerio de Defensa a utilizar dichos fondos públicos para un fin estatal falso, que de antemano había sido concertado con sus Ministros como el medio para conseguir la desviación privada de los caudales públicos que fueron a parar a manos de Vladimiro Montesinos Torres. En consecuencia, la pretensión del recurrente de mejorar su situación jurídica a través de una precisión del título de imputación no es viable -solo podría admitirse la precisión del título de imputación de autoría a coautoría, que en nada favorece a sentenciado-.

CONTESTACIÓN DE AGRAVIOS VINCULADOS AL DELITO DE FALESDAD IDEOLÓGICA.

Inviolabilidad y refrendo ministerial: como causas de exclusión penal del Presidente de la República.

§84 Respecto a la causa personal de exclusión de responsabilidad penal por la comisión del delito de falsedad ideológica, con base a la prerrogativa de inviolabilidad, en virtud al refrendo ministerial, que amparaba al procesado



Fujimori Fujimori; advertimos que la respuesta que al respecto otorgó la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en los parágrafos sesenta a sesenta y dos de su sentencia, es sólida, incuestionable y enerva con suficiencia la resis defensiva, éstos no fueron directamente contradichos por la defensa recurrente, quien, en la fundamentación de su recurso de nulidad no desarrollo su pretensión nulificante, y en la audiencia oral impugnatoria se limitó a repetir, con menos firmeza, las mismas alegaciones sostenidas en el juzgamiento, en suma, no ensayó una contradicción frontal contra los fundamentos que motivaron el rechazo de su planteamiento de exclusión de responsabilidad.

§ 85 Sin embargo, frente a su injustificada insistencia, es menester subrayar la manifiesta contradicción que su interpretación respecto de la prerrogativa de inviolabilidad y los efectos que le otorga al refrendo ministerial genera con la Carta Política. Es insostenible concebir que una facultad constitucional, aún otorgada al mayor representante de la Nación, pueda encontrar justificación y desarrollo en un contexto delictivo que genere impunidad respecto de delitos verificados. Antes bien, una atenta lectura del artículo ciento veintiocho de la Constitución Política revela que su fundamento radica, antes que en una causa de exclusión de responsabilidad penal por los actos delictivos que cometa el Presidente de la República, en un medio de control que sobre dichos ilícitos deben ejercer los Ministros de Estado, bajo sanción de solidaridad —lo que le otorga un eminente sentido político—. Lo contrario, se opondría, como bien se anota en la impugnada, a la capacidad persecutora contra el Jefe de Estado que al Estado se le confiere —aunque bajo ciertas prerrogativas administrativas que filtren y legitimen la imputación— a través de los artículos noventa y nueve y ciento diecisiete de la Ley Fundamental.

§ 86 Asimismo, la diferencia normativa que respecto a la inviolabilidad existe respecto de otros funcionarios —congresistas, miembros del Tribunal Constitucional y Defensor del Pueblo, conforme a lo regulado en los artículos 93º, 161º, y 201º, de la Constitución de la Nación— no puede ser superada en razón la mayor jerarquía política del Jefe de Estado, antes que a la propia función que legitima la inmunidad —pues con ello se pretende generar las mejores condiciones para el ejercicio de la función pública de aquéllos funcionarios, y no la autorización



para cometer delitos-; en todo caso, a ningún funcionario se le excluye de responsabilidad penal por una conducta penalmente típica como la desplegada por el procesado Alberto Fujimori Fujimori, al promover una norma que sólo pretendía dar cobertura legal a la comisión de un delito. De este modo, compartimos enteramente los fundamentos expresados por el Tribunal de Juzgamiento en la sentencia recurrida.

Tentativa inidónea y documento público nulo.

§ 87. Asimismo, en cuanto a lo sostenido por la defensa respecto a que debió aplicarse el artículo diecisiete del Código Penal –exclusión penal por tentativa inidónea- al verificarse en los hechos conformados la tentativa inidónea que constituyó la introducción de datos falsos en un documento público nulo. La defensa no desarrolló ni en su escrito de nulidad ni durante su informe oral de impugnación en qué se sostiene la causal de nulidad del documento alegado – más allá del producido por el objeto de incriminación-, el que por lo demás fue absolutamente idóneo para que los diferentes estamentos de la Administración Pública viabilicen el desvío de los fondos entregados a Vladimiro Montesinos Torres, con lo cual quedó configurado el delito. En consecuencia, no es posible considerar contradicción alguna con los criterios asumidos al respecto en la sentencia impugnada.

CONTESTACIÓN DE AGRAVIOS VINCULADOS RESPECTO A LA REPARACIÓN CIVIL

§ 88. Finalmente, en cuanto a la aludida violación a la garantía de legalidad civil, esta no se verifica desde que el Tribunal de Juzgamiento, siguiendo la doctrina legal establecida en la ejecutoria vinculante emitida el catorce de abril de dos mil cinco por la Sala Penal Permanente al resolver el Recurso de Nulidad número doscientos dieciséis – dos mil cinco -que estableció como criterio para fijar la reparación civil en casos que, como el presente, existe pluralidad de agentes de un mismo hecho punible, cuya situación jurídica fue evaluada a través de sentencias independientes, el Tribunal estableciéndose que el pago impuesto en la primera sentencia, donde se evaluó globalmente el daño



ocasionado a pagarse solidariamente— fijó el mismo monto determinado en la sentencia de fecha veintiocho de febrero de dos mil ocho, obrante a fojas seis mil setenta, a través de la cual se condenó a sus co procesados Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Salas Guevara Schultz, al pago de tres millones de nuevos soles por concepto de reparación civil y donde el procesado Fujimori Fujimori aún cuando tuvo la calidad de ausente, se aseguró su defensa procesal por un abogado de oficio, la misma que en el extremo de la reparación civil no fue observada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que resolvió su impugnación.

§ 89. En consecuencia, no le era exigible el establecimiento de los hechos que constituyen el daño civil indemnizable, la prueba, el tipo de daño y el método de cuantificación o valorización, que tardíamente procuró la defensa técnica del acusado Fujimori Fujimori, en el segundo juzgamiento; y, en estricto respecto de la garantía que concede la Cosa Juzgada, de jerarquía constitucional verificada en el numeral dos del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Carta Política, no era posible de revisión tales omisiones en la primigenia sentencia.

CUARTO: DECISIÓN:

§ 90. Por los fundamentos expuestos, declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veinte de julio de dos mil nueve, obrante a fojas ocho mil trescientos veinticuatro, que condenó a Alberto Fujimori Fujimori como autor de la comisión del delito contra la Administración Pública –peculado doloso por apropiación y contra la Fe Pública – falsedad ideológica, ambos en agravio del Estado, y como tal se le impuso siete años y seis meses de pena privativa de libertad, y con carácter de pena principal y conjunta, dos años y diez meses de inhabilitación, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, concretamente: i) privación del cargo de presidente de la República; e, ii) incapacidad para obtener mandato, cargo o empleo o comisión de carácter públicos; y fijó en tres millones de nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá pagar, solidariamente, con sus co sentenciados Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Salas Guevara Schultz, a favor del Estado; con lo demás



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N.º A.V. 23 - 2001 - 09

que contiene y es objeto de recurso; **TÉNGASE** por desistida a la parte civil de su pretensión impugnatoria; y los devolvieron.

S.S.

GONZALES CAMPOS

SOLIS ESPINOZA

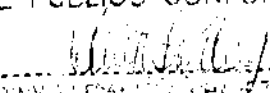
PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

BA/ccm

SE PUBLICO CONFORME A LEY


DINY YUCANAVE CHAVE VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA