

## PARTE SEGUNDA

### FUNDAMENTOS

#### CAPÍTULO I

##### FUNDAMENTOS DE HECHO

#### § 1. *La institución de la conformidad procesal.*

**41°.** El hecho objeto del proceso penal, según doctrina procesalista consolidada, es definido e incorporado por el Ministerio Público en su acusación<sup>1</sup>. El hecho punible constituye el requisito material esencial o determinante de la pretensión penal, que obliga al órgano jurisdiccional a establecer su identidad objetiva: el hecho típico y la homogeneidad del bien jurídico, es decir, el hecho histórico subsumible en tipos legales de carácter homogéneo. El hecho al que la sentencia se refiera –en relación con lo consignado por la Fiscalía– será el mismo **(1)** cuando existe identidad al menos parcial de los actos de ejecución típicos, o **(2)** cuando, aún sin darse tal identidad, sea el mismo el objeto material del delito<sup>2</sup>.

Por lo general, cuando el imputado niega el hecho –entendido como hecho procesal– o cuestiona pasajes del mismo, corresponde al Tribunal determinarlo a partir de la valoración de la prueba incorporada y actuada lícitamente en la causa, específicamente en el juicio oral. Esa es la lógica del proceso jurisdiccional contradictorio.

**42°.** No obstante ello, la necesidad de actividad probatoria en el juicio oral puede obviarse si el imputado, unilateralmente, en coordinación y con la aprobación de su abogado defensor, decide renunciar a ella, libre, voluntaria e informadamente. En tal virtud, la ley procesal penal acoge el principio de adhesión –que importa un modo de poner fin al proceso a partir de la aceptación por el acusado de los hechos, del delito imputado y de la responsabilidad civil consiguiente– y, reconociendo la naturaleza jurídica del acto de disposición de la defensa, sobre la base de una formal expresión de voluntad, autoriza a poner fin al juicio en su período inicial. Si así ocurre, como es el caso de autos, no corresponde realizar valoración de prueba alguna en orden a la realidad de los hechos acusados y, por ende, *debe tenerse tales hechos como realmente existentes y aceptados*.

No cabe, en suma, otra opción al Tribunal que tener como hechos ciertos los que ha precisado la acusación fiscal. Se produce,

---

<sup>1</sup> Por todos: SCHLÜCHTER, ELLEN: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 79.

<sup>2</sup> MONTERO AROCA, JUAN: *Proceso penal y libertad*, Editorial Thomson–Civitas, Madrid, 2008, páginas 330/331.

consiguientemente, tanto una vinculación absoluta de los hechos aceptados –*vinculatio facti*–, como, sujeto al pertinente juicio de imputación penal –correspondencia con las categorías del delito en todos sus niveles–, una vinculación criminal –*vinculatio criminis*–, que por tanto sólo puede entenderse de carácter relativa–.

Es de acotar que el acto de disposición del imputado y su defensa desde el vigente ordenamiento procesal penal se circunscribe, en puridad de verdad, al reconocimiento de los hechos como presupuesto necesario y fundamental, sin los cuales en modo alguno puede tener lugar esta institución procesal de la conformidad. No se obliga o requiere para su procedencia y ulterior aceptación que las partes acusadas también se allanen a la pena pedida y a la reparación civil solicitada por los acusadores. Sólo se condiciona –como mínimo– a la conformidad con los hechos acusados. El imputado ha de aceptar haber cometido los hechos acusados, que es lo que ha ocurrido en el caso de autos.

*Sobre ese mínimo es que en el presente caso se aceptó una opción de conclusión anticipada del juicio oral, a la vez que se tuvo en cuenta el consentimiento informado del imputado y los alcances de la institución en referencia, que por lo demás fueron precisados por el Director de Debates antes de aceptarse sus términos y, por esa vía, poner fin al proceso.*

A partir de tales consideraciones, y en atención a las posibles pretensiones de la defensa –o incluso de oficio–, el Tribunal en resguardo de la vigencia del principio de legalidad penal y en salvaguarda del valor justicia material, de los que en modo alguno está desligado, debe analizar rigurosamente los alcances jurídicos, penales y civiles, de los hechos conformados. En consecuencia, y sólo en la eventualidad de que se presenten supuestos de atipicidad, de exención de responsabilidad penal o de no punibilidad, en atención a las exigencias de la ley penal material, podrá dictar sentencia absolutoria. En este caso la exclusión de responsabilidad penal estará definida, como es evidente, no por la inexistencia de los hechos –el imputado, recuérdese bien, ha realizado la conducta atribuida por el Fiscal y las circunstancias que la rodearon– sino como resultado negativo del análisis normativo de los presupuestos generales y concurrentes para la producción del delito. Asimismo, si se presentan circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que determinen una preceptiva atenuación o factores que niegan o limiten la imputación de derecho civil, el Tribunal podrá dictar una decisión distinta a la propuesta por la Fiscalía y la Procuraduría –limitada en este último caso al objeto civil–, claro está sin alterar los hechos conformados ni introducir datos fácticos distintos o novedosos pues se alterarían el principio de contradicción y, en casos muy graves, el principio acusatorio.

Las opciones, jurídicamente razonables, que tiene el órgano jurisdiccional, que en cierto modo matizan el principio de adhesión sobre el que se asienta la conformidad procesal, no importan desde ningún punto de vista una desnaturalización del proceso jurisdiccional ni generan una indefensión a las partes. Como fluye de las actas cada paso que siguió el Tribunal les fue planteado y éstas lo aceptaron; además, lo que es determinante en este aspecto, se dio oportunidad a todas ellas de dar a

conocer y discutir sus puntos de vista o pretensiones procesales –que incluyó, como es lógico, sus planteamientos sobre la interpretación y aplicación de la ley penal material y el objeto civil–, de cuyo ámbito el Tribunal entiende que fluye, y respetará, la exigencia de correlación.

El Tribunal, por último, así entiende, según los términos descritos en este párrafo, los alcances jurídicos de la Ejecutoria Suprema Vinculante número mil setecientos sesenta y seis – dos mil cuatro, del veintiuno de septiembre de dos mil cuatro, y del Acuerdo Plenario número 5–2008/CJ–116, del dieciocho de julio de dos mil ocho.

## § 2. Los hechos conformados.

**43°.** En tal virtud, con arreglo a la acusación fiscal, aceptada por el imputado y su defensa, los hechos que se tienen por establecidos son los siguientes:

- A.** En el marco de la propalación del video denominado “Kouri–Montesinos”, que tuvo lugar el catorce de septiembre de dos mil, y luego de que el acusado Alberto Fujimori Fujimori el día dieciséis de septiembre de ese año anunció la desactivación del SIN, se produjeron las negociaciones correspondientes, bajo la conducción del referido acusado, para apartar a Montesinos Torres del cargo que ejercía, que incluyeron la entrega de quince millones de dólares americanos del erario público por sus servicios a favor del régimen, todo lo cual se concretó finalmente.
- B.** Para la obtención de los fondos públicos, que debían ser proporcionados a Montesinos Torres, a instancias y con conocimiento del imputado Fujimori Fujimori, se realizaron diversos trámites, requerimientos y procedimientos administrativos, que incluyó la expedición del Decreto de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, que autorizaba al Pliego 026 Ministerio de Defensa a utilizar recursos financieros correspondientes a la fuente de financiamiento de Recursos Ordinarios hasta por la suma de sesenta nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles, con cargo a regularizar la acción al cierre del Ejercicio Presupuestario dos mil. Es de destacar, al respecto, una comunicación –oficio número 2041, corriente a fojas cuatrocientos cincuenta y tres–, a la que se le consignó como fecha veinticinco de agosto de dos mil, cursada por el presidente del CCFFAA, general EP Villanueva Ruesta, por órdenes del acusado Fujimori Fujimori, dirigida al ministro de Economía y Finanzas, doctor Boloña Bher; comunicación que a su vez repitió el ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz –oficio número 11296–MD–H/3, de esa misma fecha, de fojas cuatrocientos doce–, mediante las que se solicitó una ampliación presupuestal por el importe de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles.
- C.** En las comunicaciones del Sector Defensa se sostenía, falsamente, que ese monto era necesario por razones de seguridad nacional, para concretar el Plan de Operaciones “Soberanía” y, de este

modo, evitar el ingreso a territorio peruano de las FARC, a través de la frontera con Colombia. Sobre esa base se expidió el Decreto de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, firmado por el presidente del Consejo de Ministros, el ministro de Defensa y el ministro de Economía y Finanzas, y rubricado por el acusado Fujimori Fujimori como Presidente de la República. Esa norma determinó el requerimiento del ministro de Defensa –oficio número 11338 MD/3, del veintidós de septiembre de dos mil– dirigido al ministro de Economía y Finanzas solicitando el importe de cincuenta y dos millones quinientos mil soles con cargo a la cantidad indicada en dicho Decreto de Urgencia; requerimiento que fue atendido por el Sector Economía y Finanzas.

- D.** El cheque del Banco de la Nación por la suma requerida en moneda nacional tiene fecha veintidós de septiembre de dos mil. Ese mismo día el Banco de la Nación adquirió la cantidad de quince millones de dólares americanos, con intervención del general EP Munte Schwarz, jefe de la OGA del MINDEF. El citado oficial general en horas de la noche del indicado día, en la sede del SIN, hizo entrega del dinero a Montesinos Torres. A su vez, el referido día veintidós de septiembre de dos mil Montesinos Torres alcanzó el dinero a James Stone Cohen para que lo saque del país y lo deposite en una de las cuentas que tenía en el exterior.
- E.** Posteriormente, el dos de noviembre de dos mil, el acusado Fujimori Fujimori convocó a Palacio de Gobierno a los ministros Bergamino Cruz y Boloña Behr y al vice ministro de Hacienda Jalilie Awapara. En presencia de ellos –y con la asistencia de su cuñado y Embajador del Perú en Japón Aritomi Shinto– hizo entrega al primero de quince millones de dólares –que se encontraban en cuatro maletas–, cantidad que convertida en moneda nacional revertió al Tesoro Público al día siguiente en mérito a una gestión administrativa ante el Banco de la Nación realizada por el general EP Munte Schwarz, jefe de la OGA del MINDEF, a instancias del ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz –quien cursó el oficio número 11379 MD/3, del tres de noviembre de dos mil, dirigido al ministro de Economía y Finanzas, que señalaba que el CCFFAA ha revaluado la situación que obligó a solicitar los conceptos estipulados en el oficio 11338 ME/3, del veintidós de septiembre, y, por tanto, cumple con revertir esa cantidad al Tesoro Público–.
- F.** El dinero en cuestión no era el mismo que se solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas el día veintidós de septiembre de dos mil –esto es, cuarenta y un días antes–, se retiró del Banco de la Nación y se entregó a Montesinos Torres –no se trataba de los mismos billetes–. Cabe puntualizar, atento a lo señalado por el Fiscal en la estación de exposición oral de la acusación y de los cargos –artículo 243°.1 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959, del diecisiete de agosto de dos mil cuatro– **(i)** que el veintitrés de septiembre de dos mil Montesinos Torres se fugó a Panamá, pero retornó al Perú el veintitrés de octubre de ese mismo año; **(ii)** que, sin embargo, el veintiocho de octubre de dos mil se

detectaron tres cuentas en Suiza a nombre de Montesinos Torres; **(iii)** que al día siguiente Montesinos Torres fugó del país y un día después se conoció de las tres cuentas que tenía en Suiza y que fueron intervenidas por las autoridades de ese país –el uno de noviembre se comunicó telefónicamente al Perú de ese hallazgo y el dos de noviembre se cursó la comunicación oficial al Perú–; y **(iv)** que ese mismo día dos de noviembre, en horas de la noche, el acusado entregó al ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, otros quince millones de dólares, cantidad que fue revertida al Tesoro Público.

- G.** Es de significar que en la acusación reformulada se hizo mención que se reproducía, en lo pertinente, la primera acusación emitida antes de la decisión de la Corte Suprema de Chile –último párrafo del folio quince de la acusación reformulada de fojas siete mil trescientos setenta y tres–. En el segundo párrafo del folio treinta y ocho de la primera acusación –corriente a fojas cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve– se anotó lo siguiente: “...no estando demás señalar, que el dinero que semanas después entregó Fujimori Fujimori a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno, **se trata de otros billetes**, ya que el dinero que recibió Montesinos Torres en el SIN, lo entregó al traficante de armas James Stone”. Este párrafo, unido al conjunto de la postulación fiscal, permite advertir que la fuente del dinero en cuestión –el que el acusado Fujimori Fujimori entregó a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno el día dos de noviembre de dos mil– es otra, es distinta, a la que partió del Tesoro Público en la primera ocasión sobre la base del Decreto de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil.

## CAPÍTULO II

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### § 1. Subsunción típica.

##### ¶ 1. Propuesta de la acusación.

**44°.** El señor Fiscal Adjunto Supremo en su acusación fiscal de fojas siete mil trescientos setenta y tres tipificó los hechos en los delitos de peculado y de falsedad ideológica, previstos y sancionados en los artículos 387° y 428° del Código Penal vigente.

Corresponde en este acápite realizar el juicio de tipicidad.

##### ¶ 2. El delito de peculado.

**45°.** El delito de peculado es un delito especial o de infracción de deber<sup>3</sup>. El sujeto activo es el funcionario o servidor público que realiza cualquiera de las dos modalidades típicas que regula la ley. Esto es, la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos. De esta manera el agente público quebranta imperativos funcionales asumidos en razón del cargo – infringe deberes–, siendo su nota característica y exigencia de naturaleza objetiva que la conducta del funcionario o servidor público exprese un acto de disposición patrimonial que desconoce la titularidad del Estado sobre los bienes ejecutados. Estos aspectos hacen del delito una conducta de naturaleza pluriofensiva<sup>4</sup>. En el Acuerdo Plenario número 4–2005/CJ–116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, se deja sentado que ese carácter ésta vinculado con la protección de dos objetos específicos merecedores de protección penal: **i)** garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y **ii)** 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 iguales

---

<sup>3</sup> Como se sabe, la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación como delito de infracción del deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación. Señala REAÑO PESCHIERA, JOSÉ LEANDRO, que en el delito peculado el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de determinado rol especial [*La administración de caudales públicos por delegación de competencias funcionariales*. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales número 4, Editorial Grijley, Lima, 2003, página 351].

<sup>4</sup> ROJAS VARGAS, FIDEL: *Delitos contra la Administración Pública*, cuarta edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, página 480. Debe entenderse, en todo caso, que las conductas típicas suponen un doble ataque al buen funcionamiento de la Administración Pública: por un lado, se pone en entredicho que se esté sirviendo con objetividad los intereses generales; por otro, se produce un daño al patrimonio con el que se sufraga la actividad pública [DE URBINA GIMENO, IÑIGO y otros: *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2006, página 316].



términos se ha pronunciado la Ejecutoria Suprema número 3630–2001/Ucayali, del veintitrés de enero de dos mil uno.<sup>5</sup>

El delito está regulado en el artículo 387° del Código Penal vigente, tipo legal que establece dos conductas típicas y una agravante. La primera conducta es dolosa, al señalar que *"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo..."*; la segunda es culposa, vinculada con un comportamiento negligente del sujeto activo, y se presenta cuanto el *"... agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos..."*; y la tercera, que configura un sub tipo agravado, que comprende las acciones dolosas y culposas, y está referida a la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes, a cuyo efecto indica: *"Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social..."* –circunstancia agravante incorporada por la Ley número 26198, del trece de junio de mil novecientos noventa y tres–.

**46°.** Los elementos que deben concurrir para configurar este delito y determinar el comportamiento típico del hecho imputado, en especial de la conducta dolosa –según el párrafo siete del Acuerdo Plenario número 4–2005/CJ–116 del treinta de septiembre de dos mil cinco–, están residenciados en los dos supuestos que utiliza la norma penal para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: *apropiar o utilizar*. La apropiación o la utilización, a su vez, deben contener ciertos elementos para su configuración –elementos materiales del tipo penal–, tales como:

- A.** La existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del mismo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.
- B.** La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.
- C.** La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.
- D.** La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

---

<sup>5</sup> La jurisprudencia española, cuyos juristas han sido constante referencia de la defensa, apunta en ese mismo sentido. Así, la STCE 65/86, del 22.5.1986, señaló que en el delito en cuestión el agente además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado. El Tribunal Supremo Español, asimismo, tiene expuesto que este delito tutela no sólo el patrimonio público, sino sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado (STS 85/04, del 29.1.2004), y que el malversador –el peculador, según nuestro Código Penal–, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado, cuyos bienes gozan de una mayor protección jurídica (STS 927/03, del 23.6.2003).

- E.** Apropiación o utilización (son sus modalidades). La *apropiación* consiste en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos –el agente activo realiza actos de disposición como si fuera el dueño del bien, esto es, determinado por el *animus domine*; ejerce sobre él actos de dominio inconfundibles que justifica su tenencia<sup>6</sup>–. La *utilización* estriba en que el agente se aprovecha de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. Se trata, en suma, del modo en que se infringe el deber especial de lealtad hacia el patrimonio estatal por parte del funcionario o servidor público; y, lo hace apropiándose o utilizándose caudales o efectos públicos para sí o para otro.
- F.** El destinatario. En el supuesto “*para sí*” el sujeto activo actúa por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. En el supuesto “*para otro*” el agente activo realiza un acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.
- G.** Caudales y efectos. Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

La consumación se produce, al ser un delito de realización instantánea, atento a la precisión de DONNA, “...*con la separación del bien de manera definitiva, en el sentido de que en ese momento la Administración ya no tiene el bien*”<sup>7</sup>. Asimismo, como apunta SALINAS SICCHA, “...*cuando el bien está destinado a un tercero [como es el caso de autos], el delito de peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público. Si en el caso concreto, el tercero llega a recibir el bien público ya estaremos en la fase de agotamiento del delito*”<sup>8</sup>.

Es evidente, conforme este Supremo Tribunal anotó en la Ejecutoria Suprema número 3858–2001/La Libertad, del trece de marzo de dos mil tres, que el tipo legal de peculado sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, los que al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre ellos y no puedan cumplir su finalidad propia y legal.

El Acuerdo Plenario citado ha dejado en claro que para la existencia del delito de peculado no es necesario que, sobre los bienes que se le haya

<sup>6</sup> GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO/GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO: *Delitos contra la Administración Pública*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, páginas 202/203.

<sup>7</sup> DONNA, EDGARDO ALBERTO y otros: *Delitos contra la Administración Pública*, segunda edición actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, página 327.

<sup>8</sup> SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Pública*, Iustitia – Grijley, Lima, 2009, página 328.



confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública.

Por último, en esa misma línea y en orden a la devolución o reintegro, la jurisprudencia argentina, por ejemplo, frente a un tipo legal de similar construcción en este aspecto que la fórmula nacional, tiene declarado que es típica del delito de peculado la conducta del juez que depositó en la cuenta bancaria de su esposa las sumas recibidas en su juzgado para el pago de anticipo de haberes del personal aún cuando las haya restituido [Cámara Federal de San Martín, Sala II, Secr. Penal número dos, del siete de mayo de mil novecientos noventa y seis]. En similares términos se ha pronunciado este Supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema del cuatro de junio de dos mil dos, recaída en la causa número 1402–2001/Tumbes, oportunidad en que estableció que “...la devolución del dinero no enerva la presunta comisión del delito de peculado por apropiación que ya se ha consumado con la entrega del dinero...”.

**47°.** De los hechos conformados, materia de la acusación fiscal escrita, se tiene, que efectivamente, el imputado conjuntamente con los ya condenados Carlos Alberto Boloña Behr –ministro de Economía y Finanzas–, Carlos Alberto Bergamino Cruz –ministro de Defensa– y Luis Federico Salas Guevara Schultz –presidente del Consejo de Ministros–, utilizando al efecto una vía normativa, como es el Decreto de Urgencia número 081–2000, se apropiaron de la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, que la apartaron de las arcas públicas; dinero con el que se adquirió dólares americanos –un total de quince millones– y que fue entregado, por orden del acusado Alberto Fujimori Fujimori, a Vladimiro Montesinos Torres.

Desde los cargos formulados por la Fiscalía es claro, de un lado, que se sustrajo de la hacienda pública la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, a través de una compleja gestión que comprometió a la alta burocracia estatal y en la que intervinieron el Presidente de la República, ministros de Estado y funcionarios de máximo rango del Ministerio de Economía y Finanzas, Tesoro Público, Ministerio de Defensa y Banco de la Nación. Esta gestión, que causó inmediato perjuicio al Estado por su móvil ilícito, según la acusación, empezó con la reactivación de una solicitud –oficio número 2041–CCFFAA–, a la que se le fechó veinticinco de agosto de dos mil, presentada por el entonces presidente del CCFFAA, general EP Villanueva Ruesta, al ministro de Economía y Finanzas –sostenía entre otros, que el SIN había desmantelado una organización internacional clandestina de triangulación de armas que abastecía a las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FARC), la misma que ponía en riesgo el país, por lo que resultaba urgente una ampliación del presupuesto UE: 002 CCFFAA, del Pliego 026 Ministerio de Defensa por la suma de sesenta y nueve millones quinientos

noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles, para la ejecución del Plan de Operaciones “Soberanía” (plan que no existió)–, previa consulta al acusado Alberto Fujimori Fujimori. Dicha petición fue reformulada en iguales términos y con la misma fecha –oficio número 11296–MD–H/3– por el entonces ministro de Defensa, general EP Carlos Bergamino Cruz.

Como fluye de la acusación, fue el acusado Alberto Fujimori Fujimori quien después de la crisis política que generó el video propalado el catorce de septiembre de dos mil –que mostraba al asesor del SIN y del propio Presidente de la República entregando una suma de dinero al congresista electo Alberto Kouri Bumachar–, conversó y negoció la salida de Montesinos Torres –insostenible desde todo punto de vista–, así como acordó el pago de quince millones de dólares por sus servicios al régimen.

Es en ese contexto que el acusado expidió el Decreto de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, que autorizó al Pliego 026 – 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, y al MEF a transferir recursos financieros al MINDEF por dicho monto. El veintidós de septiembre de dos mil, el ministro de Defensa, general EP Carlos Bergamino Cruz, invocando dicha norma, solicitó una ampliación de presupuesto del MINDEF por la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, monto equivalente a los quince millones de dólares pactados con Montesinos Torres. Ese mismo día el acusado llamó al ministro de Economía y Finanzas y le indicó que el pedido del ministro de Defensa tenía que ser atendido en el día. Es así que el ministro de Economía y Finanzas, doctor Boloña Behr, consignó en el citado oficio, para su cumplimiento por el vice ministro de Hacienda, doctor Jalilie Awapara, la orden siguiente: “*sírvase atender su ejecución*”, el cual a su vez también formuló una orden de puño y letra al director de Tesoro Público, Marcelino Cárdenas Torres, para la atención del pedido del MINDEF.

La ejecución de la orden presidencial se concretó en horas de la noche del mismo día veintidós de septiembre en que el general EP Miente Schwarz –jefe de la OGA del MINDEF– entregó la suma de quince millones de dólares a Vladimiro Montesinos Torres, que luego horas después partió a Panamá. En esta operación participaron diversos funcionarios, tales como: **(i)** el capitán EP Henry Tunanñaña Guerra, tesorero del Departamento Administrativo de la Oficina General de Administración del Ministerio de Defensa; **(ii)** el chofer Orlando Alex Gómez Kuan; **(iii)** el mayor EP Javier Guillermo Núñez Bolívar, habilitado de la Oficina General de Administración del Ministerio de Defensa; **(iv)** el doctor José Luis Miguel de Priego Palomino, gerente general del Banco de la Nación; y **(v)** Carlos Manuel Díaz Mariños, gerente de Operaciones Locales del Banco de la Nación.

**48°.** Se trata, en suma, de la evidente comisión consumada de un delito de peculado. El acusado Alberto Fujimori Fujimori, además de intervenir personal y directivamente en todo el proceso que desembocó en la entrega de quince millones de dólares a Montesinos Torres, en su condición

de Presidente de la República firmó el Decreto de Urgencia número 081–2000<sup>9</sup>, que permitió el apoderamiento de la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles del Tesoro Público, a cuyo efecto intervinieron ministros de Estado, un vice ministro y otros funcionarios públicos de los Sectores Defensa y Economía y Finanzas de especial significación. El asesor Montesinos Torres finalmente recibió el dinero extraído de la Hacienda Pública. En tal virtud, se acepta como tal la tipificación propuesta por la Fiscalía y la condición de autor material de Alberto Fujimori Fujimori, título que comparte con los ex ministros ya condenados Boloña Behr y Bergamino Cruz<sup>10</sup>.

### ¶ 3. El delito de falsedad ideológica.

**49°.** El delito de falsedad ideológica no es un delito especial como el anterior, puede ser realizado por cualquier persona. La conducta típica recae, exclusivamente, sobre el contenido de representación del documento, sin que se modifique ni imiten para nada los signos de autenticidad; es decir, se trata de un documento cuya forma es verdadera, así como sus otorgantes, pero que contiene declaraciones falsas sobre hechos a cuya prueba está destinado. En él, pues, se hace aparecer como verdaderos, o reales, hechos que no han ocurrido, o se hacen figurar sucesos que han acaecido de un modo determinado, como si hubiesen sucedido de otro diferente<sup>11</sup>.

En buena cuenta, las conductas de falsedad ideológica no afectan a la *función de garantía* del documento, puesto que no impiden la identificación del otorgante u otorgantes –en este caso, perfectamente identificados y quienes, como funcionarios públicos, intervinieron en la dación del Decreto de Urgencia–, sino sólo su *función probatoria*, al haberse producido una inveracidad de las declaraciones contenidas en él –a cargo de los Altos Funcionarios que los suscribieron–<sup>12</sup>.

**50°.** Los presupuestos de orden material que recaen sobre el documento ideológicamente falso son:

---

<sup>9</sup> Según el artículo 125°.2 de la Constitución, es el Consejo de Ministros –presidido por el Presidente de la República conforme al artículo 121° Constitucional– el que aprueba los Decretos de Urgencia que dicta el Presidente. El artículo 118°.19 de la Ley Fundamental, a su vez, preceptúa que corresponde a este último dictar, entre otros, Decretos de Urgencia. Los ministros respectivos deben refrendar los actos del Presidente, atento a los artículos 120° y 128° de la *Lex Superior*, en concordancia con el artículo 37° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

<sup>10</sup> En atención a la relación funcional del agente con el dinero público, el tipo legal exige un vínculo determinado o exigencia de tener la disponibilidad de los caudales, el cual comprende a todos aquellos –como el acusado Fujimori Fujimori– que tengan competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos, y que en el caso de autos dimana de una atribución de jerarquía constitucional.

<sup>11</sup> CREUS, CARLOS: *Falsificación de documentos en general*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004. página 131.

<sup>12</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS–MARÍA y otros: *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2006, página 294.

- A.** La VERACIDAD de su autenticidad o GENUINIDAD. Tiene que tratarse de un documento auténtico con todos los signos que lo caracterizan como tal. Esa autenticidad es lo que se aprovecha para mentir, para hacer que contengan declaraciones falsas, no verdaderas. El autor se sirve de los signos de autenticidad formalmente verdaderos –forma auténtica– para hacer pasar, como tales, hecho o actos relatados en el documento, pero que no lo son –un contenido falso–.
- B.** El objeto sobre el que recae la acción falsaria es un DOCUMENTO PÚBLICO o, como la norma prescribe, un INSTRUMENTO PÚBLICO. Éstos son los únicos documentos de fe pública respecto de hechos oponibles *erga omnes* a diferencia de los documentos privados que sólo son oponibles a las partes que los han suscrito.

**51°.** La conducta típica del delito –prevista en el artículo 428° del Código Penal– estriba en “*insertar o hacer insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar*”. Se trata, por tanto, de supuestos de inveracidad del contenido del documento, circunscriptas a hechos que deban probarse con el documento, a declaraciones que, con carácter directo y principal, son el objeto concreto del contenido dotado de eficacia probatoria privilegiada<sup>13</sup>.

El primer verbo típico rector: *insertar*, debe entenderse como introducir, incluir o intercalar declaraciones falsas en el contenido de un documento público, y sólo puede hacerlo el funcionario público o servidor público<sup>14</sup> que está cumpliendo su función de autenticar el documento –en estos casos el presupuesto de esta conducta es la existencia previa del documento–, o aquel que lo extiende. Pero, además, dado que se trata de documentos públicos, sólo pueden ser protagonistas los que tienen el poder jurídico (competencia) para extenderlo<sup>15</sup>.

El segundo verbo típico rector: *hacer insertar*, identifica al que realiza el hecho aportando la declaración falsa, o al que logra que el fedatario incluya en el documento manifestaciones que no revelan la verdad, con o sin conocimiento del funcionario público. Así, será responsable el otorgante del documento. Este comportamiento constituiría una modalidad de falsedad ideológica mediante autoría mediata<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> BRAMONT ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO/GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN: *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Tercera Edición, Editorial San Marcos, Lima, 1997, página 631.

<sup>14</sup> Funcionario o servidor público, es un término normativo, que jurídicamente se encuentra definido en el artículo 425° del Código Penal. Según dicha prescripción, se consideran funcionario o servidores públicos a: **1.** Los que están comprendidos en la carrera administrativa; **2.** Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; **3.** Todo aquel que independientemente del régimen laboran en que se encuentre, mantiene vincula laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos (modificado por Ley 26713, del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis); **4.** Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; **5.** Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; **6.** Los demás indicados por la Constitución y la Ley.

<sup>15</sup> CREUS, CARLOS: *Obra citada*, página 129.

<sup>16</sup> BRAMONT ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO/GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN: *Obra citada*, página 631.

El tipo legal circunscribe el objeto de la falsedad a un hecho que el documento deba probar, esto debe ser según su específica finalidad jurídica, y asimismo, que sea oponible a terceros –se ha de tratar de manifestaciones destinadas a surtir efecto en el ámbito jurídico y que recoge una manifestación de voluntad y, de otro lado, éstas deben importar una alteración de la verdad al incluir bajo el amparo de la fe pública un hecho no cierto<sup>17</sup>–. De esta exigencia resulta la distinción en falsedad esencial y no esencial en materia de falsedad ideológica. No toda declaración falsa incluida en el documento público es constitutiva de esta modalidad delictiva. La trascendencia penal de la inveracidad en la narración de los hechos ha de incidir sobre aspectos esenciales del documento, que tengan relevancia jurídica, bien aisladamente considerados, bien por su vinculación o interacción con el conjunto de lo documentado<sup>18</sup>.

La norma penal exige que “de su uso” o cuando “el que hace uso” del documento como si el contenido fuera exacto, pueda resultar algún perjuicio –lo que debe apreciarse como una situación de peligro abstracto–. Esto último debe entenderse como la posibilidad de que mediante el empleo del documento cuestionado se vulnere algún otro bien, no necesariamente patrimonial, con tal de que esa situación de peligro sea derivada de la falsedad misma y del empleo del documento falso<sup>19</sup>.

La consumación del delito se produce cuando el documento público quede perfeccionado, con todos los signos de autenticidad o genuinidad que las leyes y reglamentos requieren (firmas, sellos, etcétera), e inicie su andadura en el tráfico jurídico. A partir de ese momento la consumación se produce con la simple introducción de un elemento probatorio mendaz<sup>20</sup>.

**52°.** De los hechos conformados, materia del escrito de acusación fiscal, se tiene, que en efecto, el imputado Alberto Fujimori Fujimori, al igual que los ministros Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Salas Guevara Schultz, expidieron y firmaron el Decreto de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil –que en original consta a fojas seis mil dieciséis–.

En ese documento público el acusado y los tres ministros de Estado ya condenados indicaron lo siguiente:

- A.** Que es necesario dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera para otorgar recursos al Pliego 026 – Ministerio de Defensa, a fin de posibilitar la ejecución de acciones que conduzcan a objetivos de seguridad nacional.
- B.** Que la indicada medida extraordinaria se aprobó en sesión del Consejo de Ministros y con cargo de dar cuenta al Congreso.

<sup>17</sup> MORILLAS CUEVAS, LORENZO y otros: *Derecho Penal Español – Parte Especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 821.

<sup>18</sup> ORTS BERENGUER, ENRIQUE y otros: *Derecho Penal – Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 723.

<sup>19</sup> SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho Penal Argentino*, tomo V, novena reimpresión, Editorial TEA, Buenos Aires, 1983, Página 363.

<sup>20</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO y otros: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, página 1739.



Esas afirmaciones, señala la Fiscalía, son deliberadamente falsas. El dinero que se obtuvo por esa vía normativa –medida extraordinaria en materia económica– no estaba destinado a ser utilizado en la ejecución del Plan de Operaciones “Soberanía”, sino fue un medio utilizado por el acusado para materializar el delito de peculado por apropiación de caudales públicos, los que finalmente se entregó a Vladimiro Montesinos Torres. Asimismo, el Decreto de Urgencia no fue aprobado en Consejo de Ministros –como consta en las actas respectivas del Consejo de Ministros– ni tampoco se dio cuenta al Congreso de la República.

**53°.** Es patente, desde los cargos formulados por la Fiscalía, que en el Decreto de Urgencia número 081–2000 se insertaron dos afirmaciones falsas, vulnerando el deber de veracidad que debe tener todo funcionario público en el ejercicio de sus funciones, respecto de hechos que sirven de prueba y de sustento para la disposición de dinero de la Hacienda Pública. Mediante esa norma se dio curso a una gestión administrativa el día veintidós de septiembre de dos mil en el MINDEF, que prosiguió en el MEF y, acto seguido, en el Banco de la Nación, la misma que finalmente importó la ejecución y entrega de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles a favor del Pliego 026 del MINDEF, dinero que nunca llegó a su destino pretendidamente legal, pues fue entregado a Vladimiro Montesinos Torres por orden del acusado. Ese hecho, por el apartamiento definitivo del dinero de la hacienda pública, causó perjuicio al Estado.

Se trata, en suma, de un delito de falsedad ideológica, por lo que se acepta como tal la tipificación propuesta por la Fiscalía y la condición de autor material de Alberto Fujimori Fujimori.

## **§ 2. Pretensión de la parte acusada.**

### **¶ 1. Del delito de peculado: restitución de fondos.**

**54°.** La defensa del acusado Fujimori Fujimori considera que no cabe la declaración de responsabilidad penal por el delito de peculado doloso, pese a la aceptación de los hechos objeto de acusación, porque se restituyeron los fondos públicos. Sobre tal circunstancia estima, alternativamente, tres posibles efectos jurídicos: **(i)** exclusión de antijuricidad material del hecho por ausencia de lesión al bien jurídico tutelado, o **(ii)** exclusión de punibilidad del hecho por arrepentimiento activo del agente, o **(iii)** exclusión de punibilidad por reparación del daño con carácter exoneratorio.

Al respecto, es pertinente esclarecer la legalidad de los argumentos de la defensa, así como su consistencia dogmática y jurisprudencial.

**55°.** En relación a la concurrencia de una causal de **exclusión de antijuricidad material por ausencia de lesión al bien jurídico tutelado**, la defensa alega que en el delito de peculado el interés protegido comprende al patrimonio público, pero entendido éste bajo un concepto



funcional que implica, sobre todo, la correcta gestión de recursos para que la Administración Pública pueda cumplir los fines específicos que le son asignados por el presupuesto. Por consiguiente, pues, la lesión material del objeto de protección en este hecho punible debe expresarse, necesariamente, como la afectación concreta del servicio público asignado como finalidad presupuestal a los caudales que fueron materia de apropiación por el funcionario. Es más, sostiene que esa exigencia lesiva está reconocida en el tipo legal del delito de malversación de caudales públicos regulado por el artículo 389° del Código Penal peruano.

Para sustentar su planteamiento recurre, reiteradamente, a autores extranjeros, principalmente a los españoles DE LA MATA y ETXEBARRÍA, quienes al respecto sostienen: *“Esta orientación en la interpretación de la malversación hacia el objeto material permite afirmar como único bien jurídico tutelado el patrimonio, que se protege enfáticamente por su condición de público y porque el ataque proviene de quien tiene obligación de garantizar su incolumidad o su destino al servicio correspondiente. La lesión de dicho bien jurídico, el patrimonio, se producirá cuando se perjudique el buen funcionamiento de la Administración en el ámbito de la gestión patrimonial o, lo que es equivalente, cuando la conducta de malversación impida que el patrimonio público satisfaga la finalidad a que estaba destinado”*<sup>21</sup>.

A partir de dicho enfoque la defensa concluye que la restitución del dinero dado a Montesinos Torres se realizó antes de que se diera un perjuicio real para el bien jurídico tutelado, ya que no ha sido posible identificar la afectación específica de algún servicio que la Administración debía subvencionar con tales caudales.

**56°.** Ahora bien, lo expuesto por la defensa no puede ser aceptado para la decisión del caso, ya que adolece de varias incoherencias e inconsistencias dogmáticas. En primer lugar, porque la regulación de causales de exclusión de antijuricidad material en la legislación nacional sólo contempla el caso del delito imposible o tentativa inidónea previsto en el artículo 17° del Código Penal. Al respecto, es evidente que los hechos admitidos por el acusado no corresponden a dicha forma de tentativa.

De otro lado, conforme a la consolidada doctrina y jurisprudencia nacional el delito de peculado se perfecciona con los actos de apropiación o de utilización que realiza el funcionario sobre los bienes o caudales de la Administración Pública. Esto significa que el delito se consuma con el solo fraccionamiento o salida de modo temporal o definitivo de los bienes y caudales de la esfera de custodia del Estado<sup>22</sup>. Lo cual produce una lesión inmediata de varios bienes jurídicos, como los deberes de probidad,

<sup>21</sup> DE LA MATA, NORBERTO J./ETXEBARRÍA, XAVIER: *Malversación y lesión del patrimonio público*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, páginas 115/119.

<sup>22</sup> En igual sentido que la jurisprudencia nacional ya invocada, la jurisprudencia española precisa que la acción de malversar –la conducta de peculado por apropiación en armonía con lo que estatuye el Código Penal peruano– se consuma cuando se realiza el acto de disposición que genera la disposición de los fondos públicos para una determinada operación (STS 310/03, del 7.3.2003).

transparencia, lealtad y diligencia que tiene que observar el funcionario que administra, custodia o percibe bienes y caudales públicos; así como también, la intangibilidad y la conservación presupuestal o de reserva de los bienes o recursos que integran el patrimonio del Estado. Efectivamente, el tipo legal de esta infracción requiere, siempre, la extracción de los caudales públicos de la esfera de custodia del Estado y su ingreso, cuando menos momentáneo, a la esfera de dominio patrimonial del autor del delito. Es por ello que comentaristas del Código Penal derogado como RAÚL PEÑA CABRERA y ÁNGEL GUSTAVO CORNEJO<sup>23</sup>, o del Código Penal vigente como JORGE HUGO ÁLVAREZ y MANUEL ABANTO VÁSQUEZ<sup>24</sup>, coinciden en caracterizar al peculado como una apropiación funcional ilícita de caudales del Estado y en reconocer que dicho delito afecta una dualidad de intereses tutelados, los que se integran en deberes funcionales para con la intangibilidad y correcta aplicación del patrimonio de la Administración Pública. En igual sentido se ha pronunciado el Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, fundamentos jurídicos seis y siete.

Cabe anotar que un sector de la doctrina española coincide plenamente con esta posición. En ese sentido, por ejemplo, señala ROCA AGAPITO: *"...el bien jurídico protegido en la malversación estaría constituido, de una parte, por el patrimonio público ya sea concebido funcionalmente o no. Y, de otra parte, por los específicos deberes integrantes de la correcta gestión del patrimonio público [...] en las figuras malversadoras de uso o utilización de caudales públicos, el delito no queda consumado hasta que se utilizan los mismos, con el consiguiente lucro inherente. Por el contrario, las dos modalidades de apropiación (tanto la activa como la omisiva) se consuman en el momento en que realice sobre ellos un acto de disposición, sin que sea necesario un efectivo y real aprovechamiento de los caudales"*<sup>25</sup>. Coincide con este autor, ALONSO PÉREZ, quien acota que este delito constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que

<sup>23</sup> PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*, Volumen IV, Editorial Sagitario, Lima, 1990, páginas 297/298. CORNEJO, ÁNGEL GUSTAVO: *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Editorial Librería Peruana, Lima, 1938, página 128 y siguientes.

<sup>24</sup> HUGO ÁLVAREZ, JORGE B.: *El delito de peculado*, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2006, página 227. ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Los delitos contra la Administración Pública*, segunda edición, Editorial Palestra, Lima, 2003, página 332 y siguientes.

<sup>25</sup> ROCA AGAPITO, LUIS: *El delito de malversación de caudales públicos*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, páginas 77 y 316. Véase además la nota 3 correspondiente al párrafo 45° de esta sentencia, en la que se cita otro jurista español: URBINO GIMENO, IÑIGO. Asimismo, la jurisprudencia española, según se ha citado en el mismo párrafo 45°, se orienta en esa perspectiva. Así, a mayor abundamiento, la STS número 1569/2003, del 24.11.2003, puntualizó: *"El bien jurídico protegido por estos delitos no es sólo el patrimonio público, sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de los Entes Públicos, junto con la confianza de los ciudadanos en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen"*. Por otro lado, un autor nacional como MONTES FLORES ha señalado que el peculado por apropiación no es sólo de comisión instantánea, sino que la consumación se produce en el delito por apoderamiento cuando los caudales o efectos pasan a disposición del autor quien tiene la capacidad de disponer como si fuera propietario [MONTES FLORES, EFRAÍN: *El delito de peculado por apropiación y distracción en el actual tratamiento jurisprudencial conforme al Código penal peruano de 1991*. En: *Jus – Doctrina & Práctica*, Editorial Grijley, junio, número 6, Lima, 2007, página 39]. En igual sentido se pronuncia SALINAS SICCHA [Obra citada, página 328].

tiene el funcionario con la Administración, y además ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado<sup>26</sup>. De igual manera, SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO anotan –en esa misma línea– que la consumación se produce cuando los caudales o efectos públicos sustraídos pasen a disposición del autor de los hechos o de tercero, lo que supone haberlos incorporado a su patrimonio<sup>27</sup>.

Por consiguiente, la conducta del acusado, de acuerdo a los hechos por él admitidos –con asistencia de su defensa–, al entregar caudales del erario público a Montesinos Torres, lesionó de modo directo y pleno los bienes jurídicos tutelados, razón por la cual aquél realizó un comportamiento formal y materialmente antijurídico –es de insistir que lo que el tipo legal de peculado requiere es una afectación a la función pública entendida como administración, la que se da desde el momento en que el agente se apropia de los bienes, a partir de lo cual se comporta de manera infiel, ajena a sus deberes de correcto administrador–. Sobre todo, porque para ello se simuló un falso objetivo presupuestal que fue obviamente frustrado por el empleo real e ilícito que se dio a los recursos obtenidos dañando el fin presupuestal de la Administración.

**57°.** En lo concerniente a la **exclusión de punibilidad del hecho por arrepentimiento activo del agente**, es de precisar que según el artículo 18°, segundo párrafo, del Código Penal, este requiere que se impida eficazmente el resultado lesivo. Así, por lo demás, lo exige la doctrina nacional<sup>28</sup> y la jurisprudencia<sup>29</sup>.

Según los hechos aceptados por el acusado el resultado se produjo por acción dolosa de éste, quien no sólo se apropió de caudales del Estado sino que los cedió ilegalmente a un tercero. Como advierte la doctrina y la jurisprudencia nacional hay consumación de peculado aún cuando la apropiación haya sido momentánea y los bienes o caudales hayan sido devueltos con posterioridad. Sobre este punto HURTADO POZO precisa: *“Tampoco hay que confundir el arrepentimiento activo con un eventual proceder del agente posterior a la consumación de la infracción consistente, por ejemplo, en la entrega de una suma de dinero a manera de retribución del daño material provocado en la propiedad ajena. Este comportamiento sólo constituye una de las circunstancias que, según el*

<sup>26</sup> ALONSO PÉREZ, FRANCISCO: *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, página 249.

<sup>27</sup> SERRANO GÓMEZ, ALFONSO/SERRANO MAILLO, ALFONSO: *Derecho Penal Parte Especial*, décima edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 822.

<sup>28</sup> GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 621 y siguientes. VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, tercera edición, Lima, 2008, página 300 y siguientes. VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 444 y siguientes. Lo característico de esta forma de desistimiento es que el agente, que ha concluido con todos los actos ejecutivos, voluntariamente impide que estos desemboque en la producción del resultado típico subsecuente [REVILLA LLAZA, PERCY ENRIQUE: *Desistimiento de actos ejecutivos – Desistimiento activo*. En: *Código Penal Comentarios*, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004, página 598].

<sup>29</sup> Ejecutoria Suprema número 2169–94/Cañete, del 28.9.1994.

artículo 46°, deben ser tenidas en cuenta por el juez para individualizar la pena”<sup>30</sup>.

En tal sentido, también debe admitirse como delito consumado de peculado aquellos casos donde el agente actúe, incluso, con lo que algunos autores denominan el “ánimo de apropiación temporal”<sup>31</sup>. Como señala FERREIRA: “Eso es lo que ocurre con el dinero del Estado, quien se lo toma y lo gasta, podrá reintegrar la misma suma en billetes y cantidades distintas, o sus valores en otras cosas, porque no se limitó a usar la cosa ajena sino a gastarla como propia, demostración más que suficiente del ánimo de apropiación”<sup>32</sup>.

En consecuencia, la conducta del acusado tampoco configuró un supuesto de exclusión de punibilidad por arrepentimiento activo.

**58°.** En lo atinente a la **exclusión de punibilidad del hecho por reparación del daño con carácter exonerativo**, se debe destacar que conforme a la legislación penal vigente la reparación posterior del daño ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad del delito cometido. Ella, de ser espontánea, sólo constituye una circunstancia atenuante genérica que ayuda al juzgador a graduar la pena concreta dentro de los límites de la pena básica, sin autorizar, siquiera, la aplicación de una sanción por debajo del mínimo legal.

Por tanto, conforme a los hechos admitidos y conformados por el acusado, la reversión de una suma equivalente a la apropiada ocurrió luego de cuarenta y un días de su entrega a Vladimiro Montesinos Torres. El dinero en cuestión, además, no fue el mismo que se le entregó –se aprecia incluso de los documentos materia de oralización que el dinero que revirtió al tesoro contenía otros billetes y de distinta denominación, y procedía de otra fuente–.

Siendo así, no hay efectividad exonerativa de punibilidad que pueda estimarse a favor del imputado por reparación posterior del daño ocasionado en el delito cometido.

## ¶ 2. Del delito de falsedad ideológica: refrendación ministerial.

**59°.** La defensa del acusado Fujimori Fujimori apunta que como en la dación del Decreto de Urgencia intervino en su condición de Presidente de la República está amparado en la prerrogativa de inviolabilidad constitucional en virtud al refrendo ministerial, por lo que operó una causa personal de exclusión de pena.

**60°.** Tal pretensión, sin embargo, carece de sustento jurídico y amparo constitucional, por lo que no puede aceptarse. Ahora bien, es cierto (**i**) que el artículo 120° de la Constitución exige la refrendación ministerial de los

<sup>30</sup> HURTADO POZO, JOSÉ: *Obra citada*, páginas 832/833.

<sup>31</sup> ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A.: *Obra citada*, página 346.

<sup>32</sup> FERREIRA D., FRANCISCO J.: *Delitos contra la Administración Pública*, tercera edición actualizada, Editorial Temis, Bogotá, 1995, página 31.

actos del Presidente de la República, que es una institución constitucional originaria de los Estados con gobierno parlamentario, –cuya ausencia determina la nulidad del acto, de suerte que su existencia garantiza que en toda decisión del Poder Ejecutivo haya un responsable político<sup>33</sup>, en tanto el Presidente de la República carece de esa responsabilidad, exclusivamente de carácter político–, y **(ii)** que el artículo 128° de la Ley Fundamental establece tanto que los ministros son individualmente responsables por los actos presidenciales que refrendan –supuesto que se refiere, anota RUBIO CORREA, a la responsabilidad administrativa y política que corresponde a los ministros por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan<sup>34</sup>–, cuanto que son solidariamente responsables por los actos delictivos en que incurra el Presidente de la República como consecuencia de su acto individual de refrendo –esto último, en el entendido, aclara GARCÍA TOMA, que, en principio, el Presidente de la República no es pasible de imputación durante su período gubernativo<sup>35</sup>, y sólo durante tal período–.

Empero, tales normas deben interpretarse en concordancia –en orden a los principios de unidad de la Constitución, eficacia integradora y concordancia práctica– con los artículos 117° y 99° de la propia Constitución, de los que se infiere que la responsabilidad penal del Presidente no se excluye por el refrendo ministerial. La primera norma estipula que el Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período –mientras ejerce la Presidencia–, por determinados supuestos limitados que pueden constituir tipos legales en el Código Penal –luego, culminado el período presidencial, podrá emprenderse la acusación y juzgamiento del Presidente por otros delitos de función, previo antejuicio<sup>36</sup>; se trata, en suma, como postula CAIRO ROLDÁN, de una obstrucción temporal de iniciar un proceso penal contra el Presidente en ejercicio<sup>37</sup>, y, por ende, nada más que eso–. La segunda norma estatuye que cabe la acusación constitucional de la Comisión Permanente del Congreso ante el Pleno del Congreso contra el Presidente de la República por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

En consecuencia, no se excluye la persecución penal del Presidente de la República por la comisión de delitos –sea en el ejercicio de sus funciones como comunes–. La prerrogativa constitucional presidencial –construida, como todas las previstas en la Constitución para los demás Altos Funcionarios, en función del cargo y no de la persona–, como es el caso de la acusación constitucional, sólo somete el encausamiento penal a determinadas exigencias –temporales y materiales–, que se erigen en impedimentos u obstáculos procesales, y que salvadas conforme a las disposiciones constitucionales y legales que la delimitan autorizan el procesamiento,

<sup>33</sup> RUBIO CORREA, MARCIAL: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo IV, PUCP Fondo Editorial, Lima, 1999, página 388.

<sup>34</sup> RUBIO CORREA, MARCIAL: *Obra citada*, página 417.

<sup>35</sup> GARCÍA TOMA, VÍCTOR: *Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993*, Tomo II, Universidad de Lima Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, páginas 253/254.

<sup>36</sup> EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO: *La responsabilidad del Presidente*, PUCP Fondo Editorial, Lima, 2007, página 210.

<sup>37</sup> CAIRO ROLDÁN, OMAR: *Procedencia de acusaciones al Presidente de la República*. En: *La Constitución Comentada*, Tomo II (GUTIÉRREZ, WALTER: Director), Editorial Gaceta Jurídica, Primera Reimpresión, Lima, 2006, páginas 303/304.



juzgamiento y, en su caso, condena o absolución del Presidente o ex Presidente de la República.

Por lo demás, como remarca HURTADO POZO, la Constitución peruana no otorga al Presidente de la República el privilegio de la inviolabilidad –de carácter absoluta o de carácter relativa–, en el sentido que ha sido reconocido en favor de los congresistas –artículo 93°, segundo párrafo, de la Constitución<sup>38</sup>–, sea respecto a delitos de función o delitos comunes. La ley penal no deja de aplicársele. Pero, para ser perseguido penalmente es necesario que sea suspendido en el ejercicio de su cargo por el Congreso y sometido a antejuicio –artículo 100° de la Constitución–, el mismo que debe ser iniciado por la acusación constitucional a cargo de la Comisión Permanente del Congreso –artículo 99° de la Constitución–. Por lo demás, en atención a lo prescrito en el artículo 117° de la Constitución, antes mencionado, es de considerar –con cita de la explicación formulada por BRAMONT ARIAS– que terminado el mandato presidencial, queda la acción expedita para perseguir al ex Presidente por los otros delitos que hubiera cometido “durante su período”, sin que el tiempo transcurrido pueda ser tenido en cuenta para los efectos de la prescripción<sup>39</sup>.

La inviolabilidad, en tanto se entiende, en palabras de CUELLO CONTRERAS, que “...la persona que encarna al órgano protegido [...] no responde por las manifestaciones y decisiones llevadas a cabo en el desempeño de su actividad propiamente pública...”<sup>40</sup>, –en la medida que se trata de una protección jurídica cualificada a causa de un interés general, como argumenta PEÑA CABRERA, se atiende a la elevada función que desempeña el Jefe de Estado, se quiere evitar que se restrinja o interfiera en el libre y cabal ejercicio de su mandato, y se pretende impedir que se pueda crear una inestabilidad política del Estado<sup>41</sup>– requiere de norma expresa que la consagre, como es el caso de los parlamentarios, del Defensor del Pueblo y de los Magistrados del Tribunal Constitucional –aunque, según los artículos 93°, segundo párrafo, 161°, tercer párrafo, y 201°, segundo párrafo, de la Ley Fundamental, limitada a específicos supuestos típicos, pues sólo se extiende a determinadas actuaciones, de suerte que se trata de una ‘inviolabilidad relativa’–, lo que no sucede, en ningún caso –relativo y, menos, absoluto–, con el Presidente de la República<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> La citada norma constitucional, al decir de GARCÍA CAVERO, establece que los congresistas no son responsables ante la autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, no responderán penalmente por la relevancia penal que pudiese alcanzar la expresión de sus opiniones (injurias, difamación o apología del delito), así como tampoco por las consecuencias penales derivadas de una decisión legislativa que haya contado con su voto [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 211]. Ello significa que nuestro ordenamiento constitucional, fuera de esta excepción específica y circunscripta, no excluye de responsabilidad penal ninguna persona, incluso al Presidente de la República, quien no goza de inviolabilidad por delitos de expresión.

<sup>39</sup> HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal Parte General I*, tercera edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, páginas 341/342.

<sup>40</sup> CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *El Derecho Penal Español Parte General*, Editorial Dykinson, tercera edición, Madrid, 202, página 278.

<sup>41</sup> PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal Parte General*, tercera edición, Editorial Grijley, Lima, 1999, página 242.

<sup>42</sup> Otro autor nacional, VILLAVICENCIO TERREROS, se pronuncia en el sentido que el Presidente de la República carece de inviolabilidad, e insiste –de cara al artículo 117° de la Constitución–



**61°.** A manera de conclusiones teóricas desde la perspectiva constitucional cabe puntualizar lo siguiente:

- A.** El Presidente de la República en el régimen constitucional nacional cuenta con un notable poder como Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, quien tiene además, entre otras funciones, la administración de la hacienda pública y dictar normas con rango de ley –claro está sujeto a determinadas exigencias normativas–.
- B.** No obstante ello, es irresponsable durante su mandato, salvo los supuestos específicos contemplados por el artículo 117° de la Constitución. Sólo cuando deja el cargo presidencial puede ser acusado de cualquier delito. Sin embargo, si los delitos en cuestión son cometidos en el ejercicio del cargo goza de la prerrogativa de acusación constitucional, a la que es ajena los delitos comunes.
- C.** El traslado de responsabilidad al ministro por el acto presidencial refrendado sólo se refiere a la responsabilidad política. No comprende la responsabilidad penal, de carácter personalísima, individual, salvo que el ministro haya actuado como coautor y partícipe, en cuyo caso asume responsabilidad por la intervención en el delito perpetrado. El Presidente de la República no es irresponsable por los delitos que cometa, la responsabilidad penal es personalísima.
- D.** La aprobación de una norma legal que en buena cuenta es delictiva y/o autoriza la comisión de un delito no excluye la responsabilidad penal del Presidente bajo el pretexto del refrendo ministerial. Una norma que sólo pretende dar una "cobertura legal" a la comisión de un delito, en modo alguno, puede erigirse en una causa personal de exclusión de pena por el sólo llamado al refrendo ministerial. Cabe reconocer que se está ante un supuesto de "criminalidad gubernativa", cuya característica definitoria, como recalca DIEZ PICAZO, radica en que, bien para cometer el delito, bien para evitar que sea investigado y perseguido, sus autores pueden disponer de medios jurídicos, económicos, humanos y tecnológicos que son privativos del Estado<sup>43</sup>. La utilización arbitraria de un Decreto de Urgencia para dar una aparente cobertura legal a conductas antijurídicas no puede aceptarse desde ningún punto de vista.
- E.** Es incompatible con los principios que inspiran una Constitución e incongruente con la existencia del Estado Constitucional y del Programa Penal que define, aceptar la absoluta impunidad del Presidente de la República, visto además el inmenso poder que ostenta y el poco control de sus actos durante su periodo gubernativo. Si se sigue la tesis de la defensa sería admitir en buena cuenta que el Presidente de la República puede utilizar su poder de dictar normas con rango de ley

---

que la acusación constitucional, con las particularidades de dicha norma constitucional, se sigue bajo los parámetros de los artículos 99° y 100° de la Ley Fundamental, y que en el caso de otros delitos cometidos durante el período presidencial quedará expedita la acción luego de concluido dicho lapso [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 216].

<sup>43</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA: *La criminalidad de los gobernantes*, Editorial Crítica, Barcelona, 1996, página 13.

para lograr su impunidad, lo cual resulta manifiestamente contrario con la esencia de un Estado Constitucional.

**62°.** Siendo así, es absolutamente irrelevante, de cara a la exclusión de responsabilidad penal y/o de pena en su caso la existencia del refrendo ministerial en la expedición del Decreto de Urgencia número 081–2000 –no es necesario decidir, visto lo expuesto, si la inviolabilidad, desde el prisma del Derecho penal, deba considerarse una causa de justificación o una causa personal de exclusión de pena–. Por lo demás, cabe resaltar, según los hechos conformados, que el acusado intervino activa y directivamente en su gestación, expedición y cumplimiento, a fin de que se entregue la suma de quince millones de dólares al asesor presidencial y de la Alta Dirección del SIN Montesinos Torres, en ejecución del arreglo, obviamente delictivo, que llegó con este último luego de su forzado alejamiento de las esferas del poder como consecuencia del desvelamiento público de sus actividades criminales.

### ¶ 3. De la reparación civil: ausencia de daño resarcible.

**63°.** La defensa del acusado afirma que no cabe condenar al pago de una reparación civil al poderse verificar en los hechos conformados la restitución de los fondos públicos y por tanto la generación de daño civil indemnizable al Estado.

**64°.** El primer punto que debe dilucidarse, y presupuesto de la discusión ulterior en torno a la reparación civil, está referido a los efectos del procedimiento administrativo de reversión que efectuó el Ministerio de Defensa de una cantidad de dinero igual a la que cuarenta y un días antes se extrajo ilegalmente del erario público. Los documentos oralizados en audiencia dan cuenta de este trámite, así como –en concordancia con la acusación fiscal– que se trató de un dinero distinto. La fuente del dinero ingresado al Estado mediante un procedimiento de reversión, no procede de la fuente originaria: el erario público y fruto de los trámites que formalmente se iniciaron, como presupuesto normativo, con la dación del Decreto de Urgencia número 081–2000.

Empero, más allá de lo anteriormente anotado respecto al dinero que el acusado Fujimori Fujimori entregó la noche del dos de noviembre de dos mil al ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, lo relevante 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 el veintidós de septiembre de dos mil y pudo reintegrarlo al erario público el día tres de noviembre de ese año. Así consta administrativamente. Hubo una apropiación de determinada cantidad de dinero en efectivo y una cantidad similar revertió al Tesoro Público cuarenta y un días después. Aún cuando es de entender, en atención a lo ya expuesto –a lo peculiar del caso–, que el dinero objeto de apropiación y el dinero devuelto mantienen una individualidad estricta –artículos 93°.1 y 94° del Código Penal–, y que por lo tanto correspondería calificar tal entrega de

reparación y no propiamente de restitución, ambos títulos de resarcimiento –su debate y alcances– a final de cuentas quedan en una cuestión de puro nominalismo, y, por tanto, carente de trascendencia.

**65°** No es posible negar, consecuentemente, que ingresó al Tesoro Público una cantidad de dinero equivalente a la que egresó con anterioridad. No obstante, es menester destacar, por lo menos, dos circunstancias especialmente relevantes en lo referido al procedimiento de reversión.

- A.** La Directiva de Tesorería para el Año Fiscal 2000, aprobada por Resolución Directoral número 045–99–EFG/77.15, del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, referida, entre otros puntos, a la ejecución financiera y demás operaciones de Tesorería correspondientes al Año Fiscal dos mil, establece en el artículo 54° el procedimiento de reversión circunscripto a los fondos provenientes de menores gastos autorizados con cargo a la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios, así como la recuperación de pagos indebidos o en exceso –estos últimos entendidos como pagos, indebidos o en exceso, a un trabajador activo, pensionista o contratista, según el artículo 55°–. Es obvio que lo que sucedió en el presente caso no fue un supuesto de reversión de fondos por menores gastos autorizados ni el dinero que revertió al Tesoro Público –aparentemente el íntegro de lo entregado al MINDEF– constituyó la recuperación de pagos indebidos o exceso –en los tres ámbitos previstos en el artículo 55°–. Lo que se hizo fue depositar, siguiendo el procedimiento reconocido por esa norma, una cantidad de dinero equivalente al monto que se proveyó al MINDEF para un fin específico, proporcionando datos falsos acerca del motivo de la devolución y causa del trámite en cuestión. El dinero no estaba en las cuentas del MINDEF para el cumplimiento del servicio público anunciado –ejecución de un Plan de Operaciones de carácter militar– sino que fue extraído y entregado a Montesinos Torres. Esa operación de apropiación, sin duda, no fue un acto amparado en el derecho presupuestario y tampoco podía serlo, desde sus propias bases, el depósito de fondos obtenidos de fuentes desconocidas.
- B.** El no cuestionamiento en sede administrativa y/o judicial sin duda no significa, en términos reales, que ese procedimiento fue correcto –el ingreso al Tesoro Público de dinero mal habido como consecuencia de un acto lesivo al patrimonio estatal tiene otras vías para su reingreso a las arcas fiscales–. Empero, y más allá de lo expuesto en el literal a), no cabe estimarlo inexistente desde las exigencias de este proceso jurisdiccional –un monto similar al extraído fue finalmente incorporado a la hacienda pública–, aunque si es de rigor reconocer que la incoación de ese procedimiento administrativo de reversión por quienes intervinieron directivamente en la comisión del delito de peculado significó un acto posterior a la consumación que más bien pretendió cubrir la entrega de dinero público a Montesinos Torres y, desde la formalidad presupuestal, apuntó a cerrar, utilizando información falsa sobre lo sucedido con el dinero inicialmente entregado al MINDEF, una injustificable operación delictiva

y generar una peculiar regularización desde la contabilidad gubernamental.

**66°.** Otro dato de interés sobre la relevancia del procedimiento de reversión o, con mayor precisión, de la incorporación al Tesoro Público de una cantidad equivalente a la que se proporcionó cuarenta y un días antes al MINDEF, es la decisión de las sentencias recaídas con anterioridad, en esta misma causa, a los ex ministros Bergamino Cruz, Boloña Behr y Salas Guevara Schultz. Allí se decidió –con independencia de que el razonamiento se incorporó en el ámbito de la individualización de la pena– que la reversión importó un supuesto de reparación del daño, de restitución del valor del monto apropiado indebidamente –folio treinta de la sentencia de primera instancia de fojas seis mil setenta, del veintiocho de febrero de dos mil cinco–, extremo que en vía de recurso de nulidad no fue objetado o revocado por la Sala Penal Transitoria –Ejecutoria Suprema de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y uno, del catorce de diciembre de dos mil cinco–.

Esta declaración jurisdiccional en una causa seguida por los mismos hechos materiales –que no exigió la restitución del dinero en su parte resolutive– y en la que, a mayor abundamiento, intervino el imputado Fujimori Fujimori a través de su defensor –se encontraba en la condición de reo ausente–, pero a quien se le reservó la causa, pese a lo que postula la defensa, y en tanto no se declaró la responsabilidad o irresponsabilidad penal de este último, no genera efecto positivo o prejudicial alguno. **1.** No sólo no existe cosa juzgada desde que el fallo o parte resolutive de esas sentencias –que como regla general es la determinante para anudar efectos prejudiciales– no comprendió al acusado Fujimori Fujimori, por lo que no se puede considerar cumplido el límite subjetivo de esa institución, el cual recae sobre la persona del acusado, de modo que sólo quien haya sido juzgado –condenado o absuelto– no puede volver a serlo<sup>44</sup>, que es precisamente el supuesto en que se encuentra Alberto Fujimori Fujimori. **2.** Tampoco la cosa juzgada, como precisa ARMENTA DEU, invocando la autoridad de GÓMEZ ORBANEJA, determina prejudicialmente el contenido de una segunda sentencia, ni respecto de otro inculpado por el mismo hecho, ni del mismo inculpado por un hecho distinto, aún resultando conexo con el ya juzgado anteriormente o dependiente de él<sup>45</sup>.

En el supuesto de delitos plurisubjetivos –como el presente caso–, cabe enfatizar, que la sentencia dictada frente a uno o varios de los asociados (para el delito), enfatiza CORTÉS DOMÍNGUEZ, no produce el menor efecto de cosa juzgada en relación con el acusado que posteriormente pueda ser juzgado por los mismos hechos, pues en definitiva las acciones enjuiciadas, desde el punto de vista procesal, son distintas, por lo que cada uno comete un delito distinto en base a la ejecución de un distinto hecho criminoso<sup>46</sup>. Así

<sup>44</sup> GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS y otros: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, 15ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, página 420.

<sup>45</sup> ARMENTA DEU, TERESA: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, tercera edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, página 276.

<sup>46</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y otro: *Derecho Procesal Penal*, segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 446.

las cosas, entiende GIMENO SENDRA, las declaraciones sobre hechos probados gozarán de todo el valor de la prueba documental pública<sup>47</sup>.

**67°.** Pese a la realidad del procedimiento de reversión del dinero en cuestión, es de precisar que tal hecho no agota el contenido de la responsabilidad civil. En efecto, debe atenderse, desde el delito de peculado doloso, en primer lugar, atento al patrimonio público, al lucro cesante que en materia dineraria se alcanza a través de los intereses moratorios; y, en segundo lugar, al daño ocasionado como consecuencia de la perturbación de la actividad funcional generada por la extracción ilegal de fondos públicos y la conducta lesiva al interés general y vulneradora de la corrección en la gestión de los asuntos públicos, los que deben apreciarse prudencialmente. Asimismo, es de tener en cuenta los daños generados como consecuencia de la falsedad ideológica en tanto vía instrumental para afectar el patrimonio público pero también como afectación de la confianza pública en la veracidad y seguridad de los documentos públicos, más aún si se trata de normas legales que exigen una debida motivación y un fundamento acorde con las finalidades de servicio público que las sustentan.

Por todo ello, es de rechazar la alegada falta de responsabilidad civil subsiguiente como consecuencia de la consolidación del procedimiento administrativo de reversión.

---

<sup>47</sup> GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, página 708.

### CAPÍTULO III

#### DETERMINACIÓN DE LA PENA Y DE LA REPARACIÓN CIVIL. OTROS EFECTOS.

##### § 1. *Determinación judicial de la pena.*

**68°.** Como ya lo ha definido esta Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su sentencia, de fecha siete de abril último, recaída en la causa número AV-19-2001, la función esencial que cumple el procedimiento de determinación judicial de la pena en un fallo de condena, es identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe culpable de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales que debe hacerse en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad –artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal– y bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

**69°.** La determinación judicial de la pena se estructura y desarrolla en dos etapas secuenciales. En la *primera etapa* se deben definir los límites de la pena o penas aplicables, lo cual se cumple con la identificación de la *pena básica* o espacio punitivo que comprende un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final. En la *segunda etapa*, el órgano jurisdiccional, atendiendo a la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes, reguladas legalmente, y que están presentes en el caso, individualiza la *pena concreta* aplicable al autor o partícipe culpable del delito, pero sin exceder los límites prefijados por la pena básica.

**70°.** En el presente caso, según se ha determinado, el acusado es autor culpable de dos delitos independientes y de naturaleza distinta: peculado doloso por apropiación y falsedad ideológica, por ende, se configura un concurso real heterogéneo de delitos. El citado concurso delictivo tiene un régimen de determinación judicial de la pena específico con reglas propias que están legalmente diseñadas en el artículo 50° del Código Penal, cuyo texto legal original resulta ser el aplicable por haber estado vigente al momento de comisión de los delitos imputados y resultar más favorable que el incorporado posteriormente por la Ley número 28730, del trece de mayo de dos mil seis.

Conforme a dicha disposición, el procedimiento a seguir comprende dos fases: **1.** Como pena básica se elige a la pena más grave de las conminadas para los delitos integrantes del concurso. **2.** Los otros delitos de menor gravedad deben ser considerados como circunstancias agravantes para graduar la pena concreta y alcanzar la más severa represión.

**71°.** Ahora bien, a efectos de determinar la pena o penas del delito más grave, es de destacar que los delitos de peculado y falsedad ideológica,



según se ha señalado, se cometieron con un explícito abuso del poder funcional que ejercía el encausado Fujimori Fujimori. En tal virtud, resultaría pertinente invocar, en el delito de falsedad ideológica –no así en el delito de peculado, en tanto en cuanto esta condición de funcionario público constituye un elemento constitutivo del tipo legal–, la circunstancia cualificada prevista en el artículo 46°–A del Código Penal, incorporada por el artículo 2° de la Ley número 26758, del catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete. En tal sentido, el Acuerdo Plenario número 1–2008/CJ–116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, en su fundamento jurídico 8°, ha explicado que sólo las circunstancias cualificadas permiten la configuración de nuevo extremo máximo de la pena, el cual será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley, esto es, “...un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido”. Ello significaría que el nuevo extremo del máximo legal de la pena básica para el delito de falsedad ideológica y dentro de la cual el Juez debe determinar la pena concreta será pena privativa de libertad no menor de ocho años –esta conclusión se justifica porque el artículo 428° del Código Penal prevé pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años–, conjuntamente con las penas de multa e inhabilitación –esta última prevista en el artículo 432° del citado Código Sustantivo–. De ser así, entonces, el delito más grave de los dos en concurso real sería el de falsedad ideológica.

Empero, no es posible seguir esta conclusión porque la Fiscalía no solicitó la aplicación de la circunstancia cualificada del artículo 46°–A del Código Penal. En atención a que un referente –o efecto benéfico– de la conformidad es reconocer como límite superior el máximo de la pena pedida por el Fiscal, el cual no es posible rebasar bajo ninguna circunstancia, pues de lo contrario tergiversaría uno de los efectos favorables de esta institución, con seria lesión adicional a los principios acusatorio y de contradicción y a la garantía de defensa procesal.

En suma, la regla concreta que ha de seguirse para la correcta aplicación del artículo 50° del Código Penal será tomar como penalidad más grave la prevista para el delito de peculado, sin que en modo alguno su cuantía pueda ser excedida por el órgano jurisdiccional.

**72°.** En consecuencia, al ser el acusado Fujimori Fujimori culpable de dos hechos punibles resulta ser autor de un concurso real heterogéneo de delitos. Siendo así, la **pena básica** para el caso *sub judice* es la conminada para el delito de peculado por ser la más grave, que está compuesta por dos penas principales conjuntas: pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de ocho años, e inhabilitación no menor de uno ni mayor de tres años, conforme a las incapacidades señaladas por los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal. Esta última pena principal se integra por expreso mandato legal del artículo 426° del citado cuerpo de leyes.

**73°.** Para la individualización de la **pena concreta** se aprecian las siguientes circunstancias agravantes concurrentes y reguladas en el artículo 46° del Código Penal, que obligan a estimar la necesidad de la aplicación del máximo legalmente posible de la sanción penal:

- A. La naturaleza de las acciones ilícitas realizadas que denotan un modus operandi premeditado y adecuadamente planificado, orientado a lesionar el deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio de la Nación para promover el bienestar general<sup>48</sup>.
- B. Los medios fraudulentos empleados y que se valieron de formalidades oficiales para asegurar su efectividad –en especial la expedición de un Decreto de Urgencia, incumpliendo notoriamente los criterios que lo justifican<sup>49</sup> y los requisitos formales y materiales que lo sustentan<sup>50</sup>–.
- C. La intervención de una pluralidad de personas en los hechos delictivos, todas ellas de alto nivel en el manejo y administración de recursos públicos, las que, además, fueron concertadas, coordinadas y dirigidas por el propio acusado, lo cual aporta un grado de antijuricidad más intenso por el encubierto abuso de poder que aquél puso en práctica desde su privilegiada posición de Presidente de la República.
- D. La notoria extensión del daño ocasionado, el cual no llegó a ser plenamente reparado por el acusado, pues este careció de la espontaneidad que exige la ley al procurar, más bien, el encubrimiento de los efectos perjudiciales de los hechos punibles por él cometidos, mediante una tardía reversión que resultó ajena a las causales regulares que condicionan dicho procedimiento administrativo.

**74°.** Por otro lado, este Tribunal debe evaluar, primero, si resulta de aplicación la circunstancia excepcional atenuatoria de confesión sincera con arreglo a lo dispuesto por el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales; y segundo, los efectos premiales de la conformidad, conforme al Acuerdo Plenario número 5–2008/CJ–116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico 23°.

En cuanto a la **confesión**, atento a las bases establecidas en el Acuerdo Plenario antes invocado, desde sus fundamentos político criminales, requiere del cumplimiento de requisitos externos e internos a la vez que su *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos, que sea relevante para efectos de la investigación de los mismos, a la par que evidencie una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el hecho delictivo, con lo cual se reduce

<sup>48</sup> Así lo ha establecido la STC número 0048–2004–PI/TC, del uno de abril de dos mil cinco, fundamento jurídico 101°, como criterio rector en orden a los bienes públicos.

<sup>49</sup> La STC número 0008–2003–AI/TC, del once de noviembre de dos mil tres, fundamento jurídico 60°, fijó como criterios válidos: excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad, que vista la real motivación del Decreto de Urgencia número 081–2000 es obvio que se expidió al margen de esos criterios de validez constitucional.

<sup>50</sup> La STC número 047–2004–AI/TC, del veinticuatro de abril de dos mil seis, recordando la sentencia citada en la nota anterior, puntualizó en el fundamento jurídico 26°: “En el caso de los Decretos de Urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito *ex ante* está constituido por el referendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123° de la Constitución), mientras que el requisito *ex post* lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91° del Reglamento del Congreso”.

los agravios que inevitablemente se producen y aminora la tensión social que el delito ocasiona. De no ser así, no se presentará un comportamiento post delictivo parcialmente compensador de la culpabilidad en que se incurrió, no se manifestará un comportamiento con un sentido constructivo de negación en parte del hecho punible cometido y una actitud del autor a favor de la ratificación de la vigencia de la norma vulnerada.

En el presente caso, el reconocimiento de los hechos, por su oportunidad y su sentido dado a conocer en la exposición final del imputado, en modo alguno contribuyó a la facilitación del esclarecimiento de los graves hechos delictivos objeto del proceso penal, por lo demás ya ampliamente esclarecidos con anterioridad y que dieron lugar a la sentencia de esta Sala Penal Especial de fojas seis mil setenta, del veintiocho de febrero de dos mil cinco –ratificada en lo pertinente por la Ejecutoria dictada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y uno, del catorce de diciembre de dos mil cinco–. Las explicaciones proporcionadas por el acusado Fujimori Fujimori, por su carácter segado, no han tenido un sentido constructivo o reparador del injusto perpetrado. Dos razones justifican esta conclusión.

- A.** El acusado Fujimori Fujimori no reconoció en clave normativa la delictuosidad de su conducta ni mostró una actitud acorde con la imprescindible reivindicación de la norma penal vulnerada. Cuestionó, en cambio, la reacción de la justicia frente a los hechos y destacó la perspectiva política del caso descargando sus resultados en los juzgadores, sin asumir la antijuricidad o ilicitud de su conducta ni aportar las explicaciones imprescindibles, serias y convincentes, así valorables por un observador objetivo y razonable, frente a tan delicados sucesos que comprometieron la institucionalidad democrática del Estado y la sociedad.
- B.** El acusado Fujimori Fujimori introdujo en esa ocasión un relato de los hechos –resumidos en el párrafo 40° de esta sentencia– que si bien importa admitir, como no podía ser de otro modo, la apropiación de fondos públicos y la expedición del Decreto de Urgencia número 081–2000 –que es lo que determinó la aprobación a la vía más célere de la conformidad procesal, sin que sea óbice que en aspectos no esenciales no coincida en todo con el núcleo de los hechos acusados y conformados–, también incorporó circunstancias que tienden a distanciar u opacar su rol directivo y, asimismo, a presentar un curso excepcional de los sucesos no acorde con lo que fluye de lo expresado por sus coimputados –según lo que ha consignado la referida sentencia del veintiocho de febrero de dos mil cinco–, al punto de narrar una escena del presunto hallazgo de quince millones de dólares en la que fuera la sede del SIN, desactivado hacía más de un mes, de muy dudosa verosimilitud interna.

No cabe, por tanto, aplicar la circunstancia atenuatoria excepcional de confesión sincera.

**75°.** En lo referente al beneficio premial por sometimiento a la conformidad procesal, la consecuencia jurídica debe ser otra, distinta de la apreciada en el caso de la confesión. El Acuerdo Plenario número 5–2008/CJ–116, del

dieciocho de julio de dos mil ocho, ha declarado en vía de integración jurídica –analogía– que toda conformidad procesal, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto jurídico favorecedor el beneficio de reducción de la pena. Tales requisitos, en el presente caso, han sido afirmados según se explicó en el párrafo 42°.

La reducción de la pena que conlleva la conformidad procesal siempre será menor de la sexta parte fijada en el vigente artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal referido al proceso especial de terminación anticipada –fundamento jurídico 23°, primer párrafo, del Acuerdo Plenario número 5–2008/CJ–116–, y sólo atiende a razones de simplificación y economía procesales.

A estos efectos, en función a la pena determinada según el marco penal concreto ya establecido: ocho años de pena privativa de libertad y tres años de pena de inhabilitación, es de rigor –según las pautas fijadas en los dos últimos párrafos del fundamento jurídico 23° del citado Acuerdo Plenario– aplicar un porcentaje de reducción de una quinceava parte de la misma, que arroja siete años y seis meses de privación de libertad y dos años y diez meses de inhabilitación. Tal porcentaje se fija en atención a la entidad y complejidad de la causa, a las circunstancias del hecho –su evidente gravedad y proyección nacional en función a la naturaleza de los hechos, a la crisis institucional que propició y al rol encubridor que asumió–, y el nivel y alcance de su actitud procesal –ya ponderados en el párrafo anterior de esta sentencia–.

**76°.** Conforme al artículo 47° del Código Penal son abonables para el cómputo de la pena privativa de libertad impuesta, el tiempo de detención que haya sufrido el procesado a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

En el caso de autos, no sólo debe computarse la detención sufrida por el imputado desde que llegó al país procedente de Chile [siete de enero de dos mil cinco], pues como consecuencia de la solicitud nacional en los marcos del procedimiento auxiliar de extradición se le sometió a privación de libertad cautelar en ese país.

Por otro lado, las informaciones periódicas, en tanto consolidan un hecho público y notorio, dieron cuenta que el imputado Fujimori no estuvo privado de su libertad en un centro oficial de detención todo el tiempo que duró el procedimiento de extradición. Desde el dieciocho de junio de dos mil seis hasta el siete de junio de dos mil siete gozó de libertad bajo fianza, y desde el ocho de junio de dos mil siete hasta veintidós de septiembre de dos mil siete se dictó en su contra arresto domiciliario. Todo este período no es de abono a la pena de privación de libertad ahora impuesta, en especial el de arresto domiciliario en concordancia con la interpretación sancionada por el Tribunal Constitución en la Sentencia número 0019–2005–PI/TC, del veintiuno de julio de dos mil cinco.

## **§ 2. Determinación de la reparación civil.**

**77°.** La reparación civil, como la Corte Suprema ha establecido en línea jurisprudencial consolidada, se fija en atención al principio del daño

causado. Debe guardar proporción con el daño irrogado, en este caso, al Estado. Así, por ejemplo, Ejecutorias Supremas números 412–2001/Lima, del veintinueve de marzo de dos mil uno; y 2930–2005/Huánuco, del tres de noviembre de dos mil cinco. Su cuantificación concreta, expresión del contenido reparador a favor de la persona o entidad que resulte agraviada, que también tiene la justicia penal, es competencia ponderadamente discrecional del Tribunal dentro de los parámetros máximos determinados por la Fiscalía y la parte civil, y, por cierto, dentro del principio de razonabilidad.

Rigen, al respecto, los artículos noventa y dos y noventa y tres del Código Penal. Además, se ha de tener presente el carácter solidario del pago de la reparación civil de todos los responsables del hecho punible, conforme al artículo 95° del Código acotado, y que el monto que se fije devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño, según el artículo 1985° del Código Civil.

**78°.** En esta causa la Fiscalía Suprema en la acusación de fojas siete mil trescientos setenta y tres solicitó, por concepto de reparación civil, el abono por parte del encausado Fujimori Fujimori de la suma de dos millones de nuevos soles a favor del Estado. Por su parte, la Procuraduría Pública Ad Hoc mediante su escrito de fojas siete mil setecientos noventa y dos –según se ha detallado en los párrafos 23° y 32° de esta sentencia– planteó pretensión alternativa en este ámbito ascendente a noventa y nueve millones setecientos noventa y dos mil ochocientos dieciséis nuevos soles. Ambas posiciones fueron reiteradas oralmente en la segunda sesión del juicio.

**79°.** Como ha quedado expuesto, esta causa se inició y desarrolló contra cuatro imputados: Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz, Luis Federico Salas Guevara Schultz y Alberto Fujimori Fujimori. Es el caso que, en atención a que el acusado Fujimori Fujimori –jugado en este acto– no estuvo presente en la secuela del primer juzgamiento, por lo que, asegurada su defensa procesal, se expidió sentencia condenatoria contra los tres primeros condenándoseles al pago solidario de tres millones de nuevos soles por concepto de reparación civil. En esa causa se entendió, a los efectos de la reparación civil que debía reconocerse el monto objeto del procedimiento de reversión.

Este Tribunal, desde luego, acepta que desde la lógica de la reparación civil es de tener en cuenta ese monto –sin que tenga carácter exoneratorio de la pena y, consecuentemente, de la responsabilidad penal, según se ha precisado en el párrafo 65° de esta sentencia–, pero asimismo destaca que tal pago no agota la reparación civil, según se anotó en el párrafo 67°.

**80°.** Para la determinación del monto específico se ha de tener en cuenta lo dispuesto en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 216–2005/Huánuco, fundamentos jurídico sexto, del catorce de abril de dos mil cinco, publicada en el diario oficial El Peruano el tres de junio de ese año. Esa decisión dispone que en las sentencias sucesivas que recaigan sobre los mismos hechos en delitos plurisubjetivos que dan lugar a sentencias independientes



debe imponerse el mismo monto de reparación civil. La *ratio decidendi* de este fallo descansa en que debe respetarse: **a)** que exista proporción entre el daño ocasionado y el resarcimiento, **b)** que se restituya, se pague o indemnice al agraviado sin mayor dilación, y **c)** que no se fijen montos posteriores que distorsionen la naturaleza de la reparación civil dispuesta mediante los artículos 93° y 95° del Código Penal –no se acepta, en suma, un enriquecimiento sin causa de la víctima del delito–.

**81°.** Así las cosas no es posible imponer una reparación civil distinta a la ya establecida y, menos, entender que el monto respectivo es en adición, como parece entender la Fiscalía, al fijado en la primera sentencia. Tampoco puede aceptarse la pretensión alternativa de la Procuraduría Pública, primero, porque no puede desconocerse –como respuesta civil– el monto revertido –más allá de los cuestionamientos que cabrían contra el procedimiento que lo determinó–, y segundo, porque los criterios aportados distorsionan los establecidos en la primera sentencia, sin que existan argumentos consistentes que permitan optar por una decisión distinta a la ya consolidada.

Cabe insistir en que el daño patrimonial generado por el delito al Estado no se agota con el monto objeto de reversión. Existen otros ámbitos que necesitan resarcimiento, tal como se ha indicado en el párrafo 67°, cuyo reflejo proporcional –ya definidos– alcanza la suma de tres millones de nuevos soles. No existen motivos alternativos o distintos que justifiquen un cambio de perspectiva.

**82°.** Por último, si bien la primera sentencia comprende tres delitos, todos en agravio del Estado, y ésta sólo dos en agravio del Estado, ello no es motivo para alterar el monto de la reparación civil, pues la exclusión del delito de asociación ilícita para delinquir por la Corte Suprema de Chile se debió a las diferencias de la legislación chilena con el ordenamiento jurídico nacional, y porque, amén de referirse a los mismos hechos y al mismo agraviado, medió por los cuatro Altos Funcionarios Públicos unidad de determinación o resolución criminal, por lo que el daño indemnizable es único.

### § 3. Petición de la Fiscalía Suprema.

**83°.** El Fiscal en la parte final de su exposición oral de cierre consideró imprescindible que se conozca el origen del dinero entregado por el acusado Fujimori Fujimori en Palacio de Gobierno el día dos de noviembre de dos mil, lo cual –a su juicio– amerita una investigación por la Fiscalía, a cuyo efecto solicitó la expedición de copias certificados de varias piezas procesales que en ese acto identificó.

**84°.** En tanto se trata de un pedido para realizar indagaciones preliminares en sede del Ministerio Público, sin que ello importe directamente promover el ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional, no es del caso entrar en un análisis riguroso de procedencia sobre su viabilidad –no cabe invocar, por tanto, el artículo 265° del Código de Procedimientos Penales–, sino





**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA PENAL ESPECIAL**

---

EXP. N° A.V. 23 – 2001

Parte II – Fundamentos

llanamente atender al requerimiento fiscal para que pueda, en punto a la información ya existente, indagar y, a tenor de los resultados que la indagación arroje, valorar si es posible, en su día, formular cargos o consolidar procesamientos en sede jurisdiccional.