PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL ESPECIAL

EXP. Nº AV-23-2001
ARTS. 17º CPP – 34º.4 LOPJ
PON.: Sr. SAN MARTIN CASTRO

SENTENCIA

Lima, veinte de julio de dos mil nueve.–

VISTA; en audiencia oral y pública, el juzgamiento incoado contra ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI por delitos contra la Administración Pública – peculado doloso en agravio del Estado y contra la Fe Pública – falsedad ideológica en agravio del Estado.

PARTE PRELIMINAR

§ 1. *Constitución del Tribunal.*

1º. El Tribunal está constituido por los señores Jueces Supremos CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, presidente, VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA y SÓCRATES ZEVALLOS SOTO. Su conformación tiene como fundamento normativo los artículos 100º de la Constitución, 34º.4) del Texto Único Ordenado del Poder Judicial y 17º del Código de Procedimientos Penales.

§ 2. *Identificación de las partes.*

2º. Comparecen:

A. Por el **Ministerio Público**:
El señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor AVELINO GUILLÉN JÁUREQUI.

B. Por la **parte civil**:
1. El Procurador Público Ad Hoc, Doctor PEDRO GAMARRA JHONSON.
2. Los Procuradores Adjuntos Doctores ALEXEI SAENZ TORRES, IVAN CAJACHAGUA TORRES y DEYSSY WEIS FLOREZ.

C. Por la **defensa del acusado**:
1. El doctor CÉSAR NAKASAKI SERVIGÓN; y,
2. Los doctores GLADYS VALLEJO SANTA MARÍA y ROCÍO VILCARROMERO FERREIRA.

GARAY

§ 3. *Individualización del acusado.*

3°. Las **generales de ley** del encausado son como siguen: natural de Miraflores – Lima, nacido el día veintiocho de julio de mil novecientos treinta y ocho, con setenta años de edad, su nombre es ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI o KENYA FUJIMORI, con Documento Nacional de Identidad número 10553955, hijo de Naoichi y de Matsue, casado. Registra una condena en su haber, de seis años de pena privativa de libertad por delito de usurpación de función pública. Está sufriendo mandato de detención por esta causa. Así consta de fojas seis mil novecientos cinco, seis mil novecientos seis, seis mil novecientos catorce, seis mil novecientos dieciséis y siete mil novecientos siete.

PARTE PRIMERA

ANTECEDENTES

CAPÍTULO I

ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO

§ 1. *Sede Parlamentaria.*

4°. El acusado ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI fue objeto de la denuncia constitucional, corriente de fojas dos mil cuatrocientos cuatro a dos mil cuatrocientos dieciséis, del catorce de agosto de dos mil uno, formulada por la Fiscal de la Nación, doctora Nelly Calderón Navarro, por la comisión de los delitos de peculado, asociación para delinquir, falsedad material y falsedad ideológica en agravio del Estado. Esta denuncia constitucional, que incluía a otros Altos Funcionarios del Estado, dio inicio al procedimiento parlamentario de acusación constitucional contra el citado encausado, ex Presidente de la República, incoado conforme a lo dispuesto por los artículos 99° de la Constitución y 89° del Reglamento del Congreso de la República.

5°. La Subcomisión Investigadora del Congreso designada para el conocimiento de la indicada denuncia constitucional, signada con el número diecinueve, del veintiuno de agosto de dos mil uno, luego de los actos de averiguación respectivos, emitió el correspondiente Informe Final de contenido acusatorio –concretado específicamente a la denuncia formulada por la Fiscal de la Nación–, firmado por su presidente Fausto Alvarado Dodero y por los congresistas Natale Amprimo Plá y Carlos Almerí Veramendi. El indicado informe corre de fojas dos mil cuatrocientos diecinueve a dos mil cuatrocientos sesenta. El congresista Carlos Almerí Veramendi –Secretario de la Subcomisión Investigadora– elaboró por escrito su reserva acerca de las conclusiones expresadas en el Informe Final, respecto a que no estaba de

YANET CARRAZ... Secretaria ... Sala Penal Especial de la Corte Su...

acuerdo con la inclusión de los denunciados Salas Guevara Schultz, Boloña Behr y Bergamino Cruz en el delito de asociación ilícita para delinquir y se pronunciaba por la no configuración del delito de falsedad material; reserva que corre de fojas dos mil cuatrocientos sesenta y uno a dos mil cuatrocientos sesenta y dos. El Informe Final fue aprobado el diecisiete de octubre de dos mil uno por la Comisión Permanente del Congreso de la República, según se observa a fojas dos mil cuatrocientos sesenta vuelta. En ese mismo acto la Comisión Permanente nombró la Subcomisión Acusadora para la presentación de la acusación al Pleno del Congreso.

6°. La Subcomisión Acusadora, integrada por los señores congresistas Fausto Alvarado Dodero, Natale Amprimo Plá y Carlos Almerí Veramendi –éste último expresó formal reserva respecto del delito de asociación ilícita para delinquir–, elevó la correspondiente acusación constitucional el día treinta de octubre de dos mil uno, cuyo texto corre agregado de fojas dos mil cuatrocientos sesenta y seis a dos mil cuatrocientos ochenta y ocho. La acusación fue sustentada en el Pleno del Congreso en la sesión del treinta de octubre de dos mil uno, sin que el denunciado ejerciera su derecho de defensa o alegato oral en dicha sede, donde se excluyó el delito de falsedad material. En esa oportunidad, treinta de octubre de dos mil uno, se aprobó la acusación constitucional luego del debate parlamentario a que fue sometida, como consta del acta de sesión parlamentaria de la misma fecha de fojas dos mil seiscientos uno a dos mil seiscientos cuarenta y ocho. La Resolución Legislativa número 012–2001–CR fue publicada en el diario oficial "El Peruano" el día miércoles treinta y uno de octubre de dos mil uno. Mediante ella se declaró HABER LUGAR a formación de causa contra el citado imputado y los ex ministros Carlos Alberto Bergamino Cruz, Carlos Alberto Boloña Behr y Luis Federico Salas Guevara Schultz, como presuntos coautores del delito de peculado, salvo el caso de Salas Guevara Schultz –a quien se le comprende en calidad de cómplice–, coautores del delito de asociación para delinquir y del delito de falsedad ideológica, previstos y sancionados en los artículos 387°, 317° y 428° del Código Penal.

§ 2. *Sede fiscal.*

7°. La resolución acusatoria de contenido penal del Congreso de la República –signada con el número 012–2001–CR–, conforme a la exigencia contenida en el artículo 100° de la Constitución, mereció la denuncia formalizada de la señora Fiscal de la Nación de fojas dos, del nueve de noviembre de dos mil uno.

8°. En la citada denuncia formalizada se presentaron cargos contra Alberto Fujimori Fujimori y otros ex Altos Funcionarios del Estado –los ex ministros Carlos Alberto Bergamino Cruz, Carlos Alberto Boloña Behr y Luis Federico Salas Guevara Schultz– por los delitos de peculado, asociación para delinquir y falsedad ideológica en agravio del Estado, a cuyo efecto se invocó los artículos 387°, 317° y 428° del Código Penal. Se calificó la intervención de aquéllos como

CARAZAS GARAY

coautores, salvo el caso del ex Ministro Salas Guevara Schultz que fue calificado de cómplice primario respecto del delito de peculado.

§ 3. *Sede jurisdiccional I.*

9°. La denuncia de la señora Fiscal de la Nación, de fojas dos, fue remitida a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ésta por auto de fojas dos mil seiscientos cincuenta, del nueve de noviembre de dos mil uno, de conformidad con el artículo 34°.4) del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyó entre sus miembros a los Jueces Supremos integrantes de la Vocalía de Instrucción y de la Sala Penal Especial.

El señor Juez Supremo Instructor, a su vez, por auto de fojas dos mil seiscientos cincuenta y tres, del treinta de noviembre de dos mil uno, aclarado a fojas dos mil novecientos dos, ampliado y aclarado a fojas tres mil seiscientos treinta y cinco, de fecha cuatro de enero y veintidós de octubre de dos mil dos, asumió íntegramente los términos de la denuncia formalizada de la señora Fiscal de la Nación. En consecuencia, abrió instrucción en la vía ordinaria, con mandato de detención, contra el ex Presidente de la República, ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos de asociación ilícita para delinquir, falsedad ideológica y peculado en agravio del Estado, contra el ex ministro de Economía y Finanzas, doctor Carlos Alberto Boloña Behr, y el ex ministro de Defensa, general EP Carlos Bergamino Cruz, por los delitos de asociación ilícita para delinquir, falsedad ideológica y peculado en agravio del Estado, y contra el ex presidente del Consejo de Ministros, doctor Luis Federico Salas Guevara Schultz por los delitos de peculado –cómplice primario–, asociación ilícita para delinquir y falsedad ideológica en agravio del Estado. El número de registro es AV–23–2001.

10°. Es de precisar que, de conformidad con el último párrafo del artículo 100° de la Constitución, según interpretación constante de su contenido, no le está permitido al Ministerio Público y al Poder Judicial modificar o rectificar los alcances de la resolución acusatoria del Congreso. Dice la norma suprema en mención: "[...] *Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso*".

11°. Seguida la causa con arreglo a su naturaleza ordinaria y concluida la etapa de instrucción, la señora Fiscal Suprema en Segunda Instancia ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema mediante su dictamen de fojas cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve –signado con el número ciento diecinueve–dos mil tres–FSC–MP, del once de noviembre de dos mil tres– formuló acusación sustancial contra Alberto Fujimori Fujimori, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Carlos Alberto Boloña Behr como autores y en su calidad de cómplice primario contra Luis Federico Salas Guevara Schultz por el delito de peculado en agravio del Estado; y contra Alberto Fujimori Fujimori, Carlos Alberto Bergamino Cruz, Carlos Alberto Boloña Behr y Luis Federico

VET CARAZAS CARAY
Secretaria
Penal Especial de la Corte Suprema

Salas Guevara Schultz como autores de los delitos de asociación ilícita para delinquir y falsedad ideológica en agravio del Estado. La Fiscalía, invocando los artículos 11°, 12°, 23°, 25°, 29°, 36°.1) y 2), 41°, 42°, 45°, 46°, 50°, 92°, 93°, 95°, 317°, 387°, 428°, 425°.2) y 426° del Código Penal, solicitó que se imponga a Alberto Fujimori Fujimori ocho años de pena privativa de libertad, a Carlos Alberto Bergamino Cruz y Carlos Alberto Boloña Behr, cinco años de pena privativa de libertad, y a Luis Federico Salas Guevara Schultz, cuatro años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el máximo establecido por el artículo 426° del Código Penal, conforme al artículo 36°.1) y 2) del acotado código, así como doscientos días–multa, a cada uno de ellos, y al pago solidario de la suma de diez millones de nuevos soles por concepto de reparación civil, la que pagaran en vía de ejecución de sentencia.

12°. La Sala Penal Especial dictó el auto de enjuiciamiento de fojas cuatro mil ochocientos sesenta y seis, de fecha diez de septiembre de dos mil cuatro –causa AV–23–2001–; y, como el imputado se encontraba en la condición de reo ausente, declarado por auto de fojas tres mil trescientos treinta y uno, del quince de mayo de dos mil dos, se reiteró órdenes de ubicación y captura en su contra, y se ordenó la reserva de su juzgamiento en la sentencia de sus coacusados de fojas seis mil setenta, del veinticinco de febrero de dos mil cinco –folio treinta y dos–.

13°. La Sala Penal Especial siguió el enjuiciamiento contra los coacusados de Alberto Fujimori Fujimori: los ex ministros Carlos Alberto Bergamino Cruz, Carlos Alberto Boloña Behr y Luis Federico Salas Guevara Schultz –conforme a las actas de sesiones de audiencia de fojas cinco mil setenta y uno a seis mil ciento dos, del trece octubre dos mil cuatro al veintiocho de febrero de dos mil cinco–. Emitió sentencia el veintiocho de febrero de dos mil cinco, de fojas seis mil setenta, oportunidad en que:

A. Declaró infundada la tacha deducida por el acusado Luis Federico Salas Guevara Schultz;

B. Condenó a Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Salas Guevara Schultz como coautores de los delitos contra la Fe Pública – falsedad ideológica y contra la Tranquilidad Pública – asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado;

C. Condenó a Carlos Alberto Boloña Behr y Carlos Alberto Bergamino Cruz –como autores–, así como a Luis Federico Salas Guevara Schultz –como cómplice primario– del delito contra la Administración Pública – peculado en agravio del Estado;

D. Aplicó a los encausados Boloña Behr y Bergamino Cruz cuatro años de pena privativa de libertad cuyas ejecuciones se suspenden por el periodo de prueba de tres años, y al encausado Salas Guevara Schultz tres años de pena privativa de libertad cuya ejecución se suspende por el plazo de dos años, todos ellos bajo observancia de reglas de conducta;

E. Impuso la pena de inhabilitación por el plazo de tres años para Boloña Behr y Bergamino Cruz y de dos años para Salas Guevara Schultz que comprenderá la restricción de los derechos conforme lo prevé los incisos

uno y dos del artículos 36° del Código Penal, y de multa, en razón de doscientos días–multa para Boloña Behr y Bergamino Cruz y de ciento ochenta días–multa para Salas Guevara Schultz, estableciendo el importe de días–multa en treinta por ciento del ingreso diario, montos que deberán ser cancelados por los encausados al décimo día de expedida la sentencia, bajo expreso apercibimiento de conversión;

F. Fijó en tres millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los citados sentenciados en forma solidaria a favor del Estado; ordenaron la reserva del juzgamiento contra el acusado ausente Alberto Fujimori Fujimori, hasta que sea habido, capturado y puesto a disposición del órgano jurisdiccional competente, reiterándose las órdenes de captura impartidas en su contra.

La sentencia fue recurrida en nulidad por los acusados Boloña Behr, Bergamino Cruz y Salas Guevara Schultz, así como por el Ministerio Público y la Procuraduría Ad Hoc del Estado.

14°. El grado fue absuelto por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante Ejecutoria Suprema de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y uno, del catorce de diciembre de dos mil cinco, que declaró:

I) Por unanimidad: NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida en cuanto condena a Carlos Alberto Boloña Behr y Carlos Alberto Bergamino Cruz como coautores de los delitos contra la Administración Pública – peculado y contra la Fe Pública – falsedad ideológica en agravio del Estado, y les impone cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años, inhabilitación por el plazo de tres años, multa en razón de doscientos días–multa, así como fija en la suma de tres millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los citados sentenciados en forma solidaria a favor del Estado.

II) Por mayoría: NO HABER NULIDAD en el extremo que condena a Carlos Alberto Boloña Behr y Carlos Alberto Bergamino Cruz como coautores del delito contra la Tranquilidad Pública – asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado, a quienes se les ratifica la misma pena privativa de libertad, inhabilitación, días–multa y monto por concepto de reparación civil impuesta en la recurrida.

III) Por mayoría: NO HABER NULIDAD en la parte que condena a Luis Federico Salas Guevara Schultz como autor de los delitos contra la Fe Pública – falsedad ideológica, contra la Tranquilidad Pública – asociación ilícita para delinquir y como cómplice primario del delito contra la Administración Pública – peculado, y le impone tres años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de dos años, inhabilitación por el plazo de dos años, y ciento ochenta días–multa, así como fija en la suma de tres millones de nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá abonar en forma solidaria a favor del Estado.

Iv) Por unanimidad: INFUNDADA la nulidad del proceso penal deducida por el abogado del procesado Alberto Fujimori Fujimori.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

15°. En el proceso, respecto del acusado Alberto Fujimori Fujimori, se han producido dos incidencias relevantes con anterioridad a la decisión referida a la extradición en sede extranjera.

En *primer lugar*, la defensa del acusado Fujimori Fujimori solicitó la nulidad de todo lo actuado hasta el auto de enjuiciamiento por vulneración de la garantía de defensa procesal. Alegó que no se contó con un asesoramiento e intervención eficaz de un abogado defensor en la etapa de instrucción –causa número AV–23–2001–. Dicha solicitud fue presentada cuando el expediente principal se encontraba en la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en sede de recurso de nulidad interpuesta por sus coacusados. Esta solicitud fue declarada infundada mediante auto de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y uno, del catorce de diciembre de dos mil cinco.

En *segundo*, la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado mediante escrito de fojas seis mil seiscientos solicitó que se declare la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal en virtud del artículo 84° del Código Penal –causa número AV–23–2001–. Por auto de fojas seis mil seiscientos cincuenta y siete, del veintiséis de julio de dos mil seis, se declaró fundada dicha solicitud, y, en consecuencia, suspendido el plazo de prescripción de la acción penal desde la fecha de publicación de la Resolución Suprema número 270–2005–JUS que aprobó la solicitud de extradición a la República de Chile del acusado Alberto Fujimori Fujimori. Esa resolución fue impugnada por la defensa del acusado Fujimori Fujimori. La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema por Ejecutoria del doce de marzo de dos mil nueve, desestimó el recurso y declaró NO HABER NULIDAD en la resolución dictada por esta Sala Penal Especial.

§ 4. Procedimiento de Extradición.

16° Con fecha siete de noviembre de dos mil cinco el acusado Fujimori Fujimori fue detenido en Chile. De ese hecho la INTERPOL – CHILE puso en conocimiento a su similar peruana en la misma fecha. Ello dio lugar a que la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado con fecha nueve de noviembre de dos mil cinco solicitara a esta Sala el auto de requerimiento de extradición correspondiente. La solicitud corre a fojas seis mil trescientos cuarenta y cuatro –causa número AV–23–2001–.

17°. Este Tribunal aceptó el pedido de la Procuraduría y emitió el auto de requerimiento de extradición de fojas seis mil cuatrocientos cincuenta y uno, del veintidós de noviembre de dos mil cinco. El requerimiento fue aceptado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, así como por el Poder Ejecutivo mediante la Resolución Suprema número 270–2005–JUS, del veintitrés de diciembre de dos mil cinco, publicada en el diario oficial "El Peruano" el veinticuatro de diciembre de dos mil cinco.

18°. En Chile, en sede de primera instancia, se expidió la sentencia, del once de julio de dos mil siete, que rechazó la solicitud de extradición en todos sus términos, como consta de fojas seis mil novecientos veintiuno a siete mil

ciento cuarenta y seis. Sin embargo, en sede de apelación y última instancia, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile, mediante sentencia de fojas siete mil ciento cuarenta y siete a siete mil trescientos cincuenta y siete, del veintiuno de septiembre de dos mil siete, revocó el fallo de primera instancia y concedió parcialmente la extradición en el capítulo denominado "quince millones", sólo por los delitos de peculado y falsedad ideológica en agravio del Estado –artículos 387° y 428° del Código Penal–.

§ 5. *Sede jurisdiccional II.*

19°. El encausado Fujimori Fujimori fue puesto a disposición de las autoridades nacionales por la INTERPOL – CHILE el día veintidós de septiembre de dos mil siete, conforme consta del acta de entrega de fojas seis mil novecientos uno, de ese mismo día. Por auto de fojas siete mil trescientos sesenta y uno, del citado día, el Tribunal le comunicó los cargos en sede nacional y le notificó con las actuaciones respectivas, así como dispuso su ingreso en el Establecimiento Penal designado por el Instituto Nacional Penitenciario.

20° Acto seguido se ordenó la remisión de la causa al Ministerio Público para que se pronunciara conforme a los términos que fluyen de la sentencia extraditoria de la Corte Suprema de Chile.

21°. La Primera Fiscalía Suprema en lo Penal con fecha diecisiete de octubre de dos mil siete cumplió con emitir el dictamen acusatorio adecuado, signado con el número 2195–2007–1°FSP–MPFN, de fojas siete mil trescientos setenta y tres, recibido el veinticinco de octubre de dos mil siete.

22°. Mediante decreto de fojas siete mil cuatrocientos veintinueve, del cuatro de marzo de dos mil ocho, se corrió traslado de la acusación por el término de tres días hábiles; y, a continuación, sin oposición previa de las partes al contenido formal del aludido dictamen acusatorio, se dictó el auto de enjuiciamiento reformulado de fojas siete mil cuatrocientos sesenta y dos, del catorce de abril de dos mil nueve.

En el referido auto de enjuiciamiento reformulado se señaló fecha para la audiencia el día once de mayo del presente año, pero ante la recusación de la defensa del acusado –escritos de fojas siete mil setecientos cuarenta y nueve y siete mil setecientos setenta y seis– se postergó su inicio hasta la decisión de ese medio de defensa –resolución de fojas siete mil setecientos ochenta y tres, del cinco de mayo de dos mil nueve–. Resuelto el incidente y completado el Tribunal por el llamado por ley, por resolución de fojas siete mil setecientos noventa, del veinticuatro de junio de dos mil nueve, se señaló fecha para el acto oral el día trece de julio último.

23°. En tiempo hábil, la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 227° del Código de Procedimientos Penales, interpuso a fojas siete mil setecientos noventa y dos una pretensión civil

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

alternativa a la introducida por el señor Fiscal Adjunto Supremo. Solicitó en ese acto un monto de reparación civil ascendente a noventa y nueve millones setecientos noventa y dos mil ochocientos dieciséis nuevos soles.

Tal pretensión se admitió a trámite por resolución de fojas siete mil setecientos noventa y nueve, del treinta de junio último.

24°. Cumplidos los trámites propios de la etapa intermedia, que incluyen otros pedidos de las partes, tales como ofrecimiento de pruebas a cargo de la Fiscalía Suprema –fojas siete mil quinientos y siete mil quinientos veintiocho–, aceptados por autos de fojas siete mil quinientos cinco, del veintitrés de abril de dos mil nueve, y siete mil setecientos treinta y cinco, del cuatro de mayo de dos mil nueve, y una solicitud de precisión del objeto de la acusación por parte de la defensa del imputado –fojas siete mil ochocientos veintiséis–, desestimada por resolución de fojas siete mil ochocientos tres, del treinta de junio de dos mil nueve, se instaló la audiencia, según consta del acta de iniciación de fojas ocho mil treinta y seis.

25°. El acusado Fujimori Fujimori, con la expresa conformidad de su abogado defensor, al amparo del artículo 5° de la Ley número 28122, se sometió a la conformidad procesal. Precisó, a través de su defensor, que postula una conformidad limitada, en función a lo decidido en el Acuerdo Plenario número 5–2008/CJ–116, del dieciocho de julio de dos mil ocho. En consecuencia, se conforma con los hechos afirmados por la acusación escrita, pero propone tres pretensiones que descartan el recurso a la pena y a la reparación civil. Así:

A. No cabe condena por delito de peculado doloso porque se restituyeron los fondos públicos, lo que importa: **(I)** exclusión de la antijuricidad material por ausencia de lesión al bien jurídico; **(II)** por arrepentimiento activo; y **(III)** por reparación del daño con carácter exoneratorio.

B. No corresponde condena por delito de falsedad ideológica porque al participar en la expedición del Decreto de Urgencia número 081–2000 lo hizo como Presidente de la República, dentro de la prerrogativa de inviolabilidad que generó el refrendo ministerial, esto es, se presenta un supuesto de causa personal de exclusión de pena.

C. No es de condenar al pago de reparación civil porque se restituyeron los fondos públicos y, por tanto, no se generó de daño civil indemnizable.

26°. Aceptado el trámite de conformidad procesal, se procedió –a instancia de la defensa– a la oralización de la prueba documental solicitada y debate por las partes acerca del contenido de la misma. Se leyeron y debatieron un total de veintisiete documentos ofrecidos por la defensa –dieciséis– y la Fiscalía –once–. La Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado no ofreció oralización de piezas procesales.

27°. Los documentos materia de oralización a instancia de la defensa, presentados en cuatro bloques, son los siguientes:

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de Corte Suprema

I Bloque:

A. El original del Decreto de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, de fojas seis mil dieciséis [entregado por el acusado Carlos Boloña Behr en la Audiencia Pública del veintidós de febrero de dos mil cinco]. El citado Decreto de Urgencia está firmado por el acusado Alberto Fujimori Fujimori –Presidente de la República–, y los condenados Carlos Boloña Behr –ministro de Economía y Finanzas–, Carlos Bergamino Cruz –ministro de Defensa– y Federico Salas Guevara Schultz –presidente del Consejo de Ministros–.

Decreta:

Artículo uno: *"Autorízase al Pliego 026 Ministerio de Defensa a utilizar recursos financieros correspondientes a la Fuente de Financiamiento de "Recursos Ordinarios", hasta por la suma de 69'597,810 nuevos soles, con cargo a regularizar la acción al cierre del Ejercicio Presupuestario 2000".*

Artículo dos: *"Autorízase al Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General del Tesoro Público a transferir recursos financieros hasta por 69'597,810 nuevos soles, a favor del Pliego 026 Ministerio de Defensa, la misma que se hará efectiva sobre la base de requerimientos expresos que realice el citado Pliego para la atención de las necesidades que demande el cumplimiento de los fines a que se contrae la presente norma legal".*

B. El oficio número 11379 MD/3, del tres de noviembre de dos mil, de fojas veintisiete –copia simple–, emitido por el ministro de Defensa Carlos Bergamino Cruz y dirigido a Carlos Boloña Behr, ministro de Economía y Finanzas. Indica que el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas –en adelante, CCFFAA– ha REVALUADO la situación que obligó a solicitar los conceptos estipulados en el Oficio número 11338 MD/3, habiendo llegado a la conclusión que por el momento no es necesario poner en ejercicio los planes contemplados, quedando abierta la posibilidad de realizarlos a partir del próximo año, por lo que "*cumple con revertir al tesoro público*" la cantidad de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles solicitado con el documento anteriormente mencionado.

C. El cargo de recepción del oficio número 1379 MD/3, del tres de noviembre de dos mil, que obra en copia simple a fojas veintiocho.

D. La papeleta de depósito a favor del Tesoro Público. Cuenta corriente número 0000–263737 T–6, de fojas mil quinientos ochenta –copia simple–. Indica que la entidad depositante es el Ministerio de Defensa –en adelante, MINDEF–, por el importe de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, suscrito por el capitán de Intendencia Ejército Peruano –en adelante, EP– Henry Tunanñaña Guerra – Tesorero del Departamento de Administración del Ministerio de Defensa. Registra el sello de recepción del Banco de la Nación, del tres de noviembre de dos mil.

E. El estado de cuenta corriente al tres de noviembre de dos mil, de fojas tres mil quinientos veintitrés, de la cuenta corriente número 0000–263737 del Ministerio de Economía y Finanzas – Dirección General del Tesoro Público. El código del cliente 000001–002. En el documento se aprecia como abono la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles con codificación número de cheque 00116801.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial – Corte Suprema

F. El consolidado de devoluciones al Tesoro Público del tres de noviembre de dos mil, de fojas tres mil quinientos veinticuatro. Se precisa la devolución por la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles.

II Bloque:

G. El oficio número 8297 MD–OGA–8/19.00 –fotocopia simple–, del tres de noviembre del dos mil, de fojas setenta y nueve. Está firmado por el Jefe de la Oficina General de Administración –en adelante, OGA– del MINDEF, general EP, Luis Muente Schwarz, y el Tesorero del Departamento de Administración de la OGA del MINDEF, capitán de Intendencia EP Henry Tunanñaña Guerra. Ofrecen al Banco de la Nación, venderle quince millones de dólares. Indicando que se le confirme vía fax y adicionalmente proceder con abonar el contravalor en soles a la cuenta principal del tesoro público Nº 0–000–263737 mediante formulario T–6.

H. El fax de contestación, del tres de noviembre de dos mil, de fojas ochenta –copia simple–, sobre la aceptación de la venta de dólares del MINDEF al Banco de la Nación por quince millones de dólares americanos.

I. El recibo de transporte de valores número 8951346 de Prosegur S.A., de fojas treinta y dos –copia simple–, del transporte de quince millones de dólares a la bóveda.

J. La liquidación de la compra de moneda extranjera número 961798, de fojas ochenta y tres –copia simple–, con la que se cambió el importe de los quince millones de dólares a la suma de los cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles. Documento emitido por el Banco de la Nación.

K. El mandato de entrada a caja, del tres de noviembre de dos mil, de fojas ochenta y seis –copia simple–. Consigna operaciones en trámite y se trata de un depósito efectuado por el MINDEF, de quince millones de dólares americanos, para su cambio en moneda nacional, siendo el tipo de cambio indicado tres punto cincuenta nuevos soles. Hace un total, por el tipo de cambio, de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles.

L. El mandato de salida a caja, del tres de noviembre de dos mil, de fojas ochenta y cuatro –copia simple–. Consigna la salida de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles del Banco de la Nación como resultado del cambio de moneda extranjera realizado a solicitud del MINDEF.

M. El informe 013 MINDEF K–105 del veintisiete de diciembre de dos mil, de fojas veintidós, que remite el inspector general del Ministerio de Defensa Bernedo Chávez al ministro de Defensa Ledesma Rebaza. El asunto indicado es el resultado de examen especial practicado a la OGA MINDEF, sobre supuesta remesa de fondos a Palacio de Gobierno. Informó que: **I.** Se ha podido determinar que la OGA no ha realizado remesa alguna durante el presente año. **II.** Sin embargo, se ha podido ubicar en el mes de septiembre un movimiento de fondos que podría tener relación con lo indicado en su orden verbal; es el referido a la

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria

reversión al tesoro público de la suma de cincuenta y dos millones quinientos nuevos soles recibidos del Ministerio de Economía y Finanzas –en adelante, MEF–, por gestión específica de fondos extra presupuestales, el veintidós de septiembre, como requerimiento para hacer frente a las contingencias en nuestra frontera como consecuencia de la ejecución del Plan Colombia.

III Bloque.

N. La Directiva de Tesorería para el año dos mil, publicada en el diario oficial El Peruano del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, de fojas novecientos treinta y siete, aprobada por Resolución Directoral número 045–99–EF/77.15, del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

IV Bloque.

Ñ. La sentencia –copia certificada– expedida por la Sala Penal Especial del veintiocho de febrero de dos mil cinco, de fojas seis mil setenta, recaída en esta causa número AV–23–2001. Condenó, por los hechos objeto de este proceso penal, a los ex ministros Boloña Behr, Bergamino Cruz y Salas Guevara Schultz por delitos de asociación ilícita para delinquir, peculado y falsedad ideológica, y les impone diversas penas –privativa de libertad, multa e inhabilitación– y fija tres millones de nuevos soles por concepto de reparación civil.

O. La Ejecutoria Suprema –copia certificada– del catorce de diciembre de dos mil cinco, de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y uno, recaída en esta misma causa número AV–23–2001, y expedida por la Sala Penal Transitoria, que declaró no haber nulidad de la sentencia de la Sala Penal Especial del veintiocho de febrero de dos mil cinco.

28°. Los documentos materia de oralización a instancia de la Fiscalía, también presentados en cuatro bloques, son los siguientes:

I Bloque.

A. El oficio sin número, de fojas tres mil ciento catorce, de fecha ocho de mayo de dos mil uno, cursado por José Kamiya Teruya, secretario de la Presidencia de la República, dirigido al doctor Pino Figueroa, secretario del Consejo de Ministros. En ella indica que el Decreto de Urgencia número 081–2000 le fue entregado personalmente por el ex Presidente Fujimori para llevarlo al Consejo a fin de ser numerado y sellado, luego de lo cual cumplió con devolvérselo.

II Bloque.

B. El recibo de caja del Banco de la Nación (Balancín – caja MEF) –copia simple–, de fojas setenta y seis, del veintidós de septiembre de dos mil, por la suma de quince millones de dólares –en billetes de cien, cincuenta y veinte dólares–. Se hace constar la entrega del monto antes indicado al general EP Muente Schwarz, el mismo que firmó en señal de conformidad.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

C. El recibo de transporte de valores número 8951346 –copia simple– emitido por la empresa PROSEGUR, de fecha tres de noviembre de dos mil, de fojas treinta y dos, por la suma de quince millones de dólares americanos, entregado al Banco de la Nación, en cinco bolsas en billetes de cien dólares.

III Bloque.

D. El oficio RE (MIN) número 2–19–YY/002, del dos de noviembre de dos mil, de fojas seis mil doscientos noventa y siete –copia simple–, enviado por Fernando de Trazegnies Granda, ministro de Relaciones Exteriores, a Alberto Bustamante Belaúnde, ministro de Justicia, por el cual le remite la nota diplomática número 68/2000 y anexos.

E. La Nota Diplomática número 68/2000 de la Embajada Suiza en el Perú dirigida al ministro de Relaciones Exteriores – Lima, de fojas seis mil doscientos ochenta y ocho, del dos de noviembre de dos mil, mediante la cual hace de conocimiento que se ha detectado cuentas bancarias en tres Bancos de Zürich atribuidas a Vladimiro Montesinos Torres por un monto alrededor de cincuenta millones de dólares; cuentas que han sido bloqueadas en los marcos de una investigación penal contra Montesinos Torres por sospecha de lavado de dinero.

IV Bloque.

F. La sentencia recaída en el expediente número 035–2001, del once de abril de dos mil cinco, de fojas ciento uno –del anexo Fiscalía–, emitida por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Condena a Vladimiro Montesinos Torres como instigador de los delitos de peculado y falsedad ideológica en agravio del Estado y le impone cinco años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días–multa, e inhabilitación por dos años. Fija por concepto de reparación civil dos millones de nuevos soles.

G. La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad número 2275–2005, del veinte de julio dos mil cinco, de fojas ciento veintidós –del anexo Fiscalía–, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que declaró NO HABER NULIDAD en la sentencia indicada en el literal F) en el extremo que condena a Vladimiro Montesinos Torres como instigador del delito de peculado y falsedad ideológica en agravio del Estado, y HABER NULIDAD en la parte que fija el monto de dos millones de nuevos soles por concepto de reparación civil, el que elevaron a dos millones quinientos mil nuevos soles.

H. La sentencia recaída en el expediente número 35–2001, del dieciséis de enero de dos mil seis, emitida por la Tercera Sala Penal Especial de Lima, de fojas nueve –del anexo Fiscalía–. Condena a **(I)** José Guillermo Villanueva Ruesta como cómplice primario por delito de falsedad ideológica en agravio del Estado, y le impone cuatro años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación; **(II)** Alfredo Jalilie Awapara como cómplice primario por los delitos de peculado y falsedad ideológica ambos en agravio del Estado, y le impone cuatro años de pena privativa de libertad, doscientos días–

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

multa e inhabilitación. Fija en dos millones quinientos mil nuevos soles el monto de la reparación civil a favor del Estado que abonarán ambos condenados en forma solidaria conjuntamente con el condenado Vladimiro Montesinos Torres. Esta sentencia resalta en el fundamento ochenta y cuatro que se afectó el patrimonio del Estado y que si bien el tres de noviembre de dos mil se restituyó al Tesoro Público los cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, también es verdad que el dinero que restituyen es otro, cuyo origen es incierto; que el dinero permaneció cuarenta y un días sin haber sido utilizado y pone en evidencia el mal manejo del patrimonio del Estado por quienes se encuentran obligados a cautelarlo adecuadamente; que la reparación civil no comprende en este caso la restitución de la suma antes indicada, pues Villanueva Ruesta y Jalilie Awapara no se han beneficiado con este dinero, sino el condenado Vladimiro Montesinos Torres; que se tuvo en cuenta el precedente vinculante del recurso de nulidad número 216–2005, del catorce de abril de dos mil cinco, publicado el tres de junio de dos mil cinco, que establece que la reparación civil en el caso se trate de procesos donde exista pluralidad de acusados por el mismo hecho y sean sentenciados independientemente, por diferentes circunstancias contempladas en el ordenamiento penal, debe ser impuesta para todos la ya fijada en la primera sentencia firme.

I. La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad número 749–2006 del siete de julio de dos mil seis, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de fojas setenta y nueve –del anexo Fiscalía–, que ratificó la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Especial de Lima indicada en el punto H), salvo en el extremo de la pena impuesta a José Guillermo Villanueva Ruesta y Alfredo Jalilie Awapara que la convirtió de efectiva a suspendida condicionalmente.

J. La sentencia recaída en el expediente número AV–23–2001, del veintiocho de febrero de dos mil cinco, emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, de fojas seis mil setenta. Condenó a Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Salas Guevara Shultz por los delitos contra la Fe Pública – falsedad ideológica, contra la Tranquilidad Pública – asociación ilícita para delinquir y contra la Administración Pública – peculado en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente a los dos primeros y tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente al último, así como a las penas de inhabilitación y multa, a la vez que fijó en tres millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar solidariamente a favor del Estado.

I. La Ejecutoria Suprema recaída en recurso de nulidad número AV–23–2001, del catorce de diciembre de dos mil cinco, de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y uno, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que ratificó en todas sus partes la sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema indicada en el punto J).

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

29°. Culminado ese paso previo y escuchadas las alegaciones finales de la defensa, la Fiscalía y la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado, así como las palabras finales o autodefensa del imputado, la causa quedó expedita para emitir sentencia.

Se deja constancia que, en aplicación de lo estipulado en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 2206–2005/Ayacucho, del doce de julio de dos mil cinco, fundamento jurídico tercero, no cabe plantear ni votar las cuestiones de hecho.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

CAPÍTULO II

HECHOS IMPUTADOS Y CARGOS ATRIBUIDOS

§ 1. *Actos parlamentarios de imputación.*

30°. El Informe de la Subcomisión Acusadora del Congreso, bajo el título de "*acusación constitucional*", corriente a fojas dos mil cuatrocientos sesenta y seis –que relata los cargos referidos a la denuncia constitucional número diecinueve y fue defendido oralmente en el Pleno del Congreso–, precisa los siguientes elementos fácticos y jurídicos:

A. El catorce de septiembre de dos mil, el entonces congresista Fernando Olivera Vega presentó ante la opinión pública y mundial el video "Kouri – Montesinos". Este documento fílmico dejó al descubierto un acto de corrupción gravísimo que comprometía al régimen de Alberto Fujimori Fujimori, al comprobarse el soborno de congresistas para integrarse a la filas de la bancada oficialista en el Congreso.

B. El sábado dieciséis de septiembre de dos mil, a las nueve y treinta de la noche, Alberto Fujimori Fujimori anunció en un mensaje a la nación la sorpresiva desactivación del Servicio de Inteligencia Nacional –en adelante SIN–, y la convocatoria a elecciones presidenciales y parlamentarias, a la vez que reconoció que la causa que lo impulsó a tomar dicha decisión fue la difusión del aludido video.

C. Al día siguiente de la difusión del video Kouri–Montesinos, el entonces presidente del Consejo de Ministros Luis Federico Salas Guevara Schultz acude a la sede del SIN acompañado por los ex ministros Bustamante Belaúnde, Mosqueira Medina y Boloña Behr, para exigir a Vladimiro Montesinos que se retirara del cargo, gestión que no prosperó, lo que se repitió en días posteriores, siempre con resultados negativos. Esta desavenencia entre la cúpula del poder obligó a sus miembros a buscar una salida negociada e ilícita, confirmándose de este modo la asociación ilícita para delinquir entre los sujetos denunciados.

D. Coincidente con la final aceptación de Montesinos Torres de abandonar el país, el diecinueve de septiembre de dos mil, invocándose razones de seguridad nacional, se expidió el Decreto de Urgencia número 081–2000, que autorizó al Pliego 026 del MINDEF 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. Esa norma facultó al MEF, a través de la Dirección General del Tesoro Público, a transferir recursos financieros hasta por la suma antes mencionada a favor del MINDEF.

E. El viernes veintidós de septiembre de dos mil, el general de brigada EP Luis Muente Schwarz, jefe de la OGA del MINDEF, ante un llamado del ministro de Defensa general EP Bergamino Cruz, elaboró un documento mediante el cual se requería una ampliación presupuestal por la cantidad de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles –que serían entregados a Montesinos Torres, en dólares americanos, como una supuesta compensación por tiempo de servicios–. El propio general EP

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Muente Schwarz gestionó ante el MEF la expedición del dinero solicitado, a cuenta del Decreto de Urgencia número 081–2000, por orden del ministro de Defensa. Las gestiones comenzaron y terminaron el mismo día con la entrega del dinero al citado oficial general, quien ese mismo día desembolsó los quince millones de dólares a Montesinos Torres en las instalaciones del SIN y en presencia del capitán Policía Nacional del Perú Mario Ruiz Agüero.

F. El dos de noviembre de ese mismo año el acusado Fujimori Fuimori citó a Palacio de Gobierno a Boloña Behr –ex ministro de Economía y Finanzas– y Bergamino Cruz –ex ministro de Defensa–; el primero de los nombrados concurrió acompañado de Alfredo Jalilie Awapara –ex viceministro de Hacienda–. En dicha reunión el ex Presidente Fujimori Fujimori entregó a Bergamino Cruz, en cuatro maletas, la suma de quince millones de dólares para ser reingresados al Tesoro Público.

G. El dieciséis de noviembre de dos mil, el entonces Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori partió a Brunei a la Cumbre Económica de la APEC, y tres días después desde Tokio renunció a la Presidencia de la República.

H. Existen indicios de la responsabilidad penal de Alberto Fujimori respecto del delito de peculado, al haber ideado y ejecutado conjuntamente con Vladimiro Montesinos Torres y los ex ministros denunciados todo el recorrido criminal para apropiarse de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles del Tesoro Público. El reintegro de los quince millones de dólares americanos acaecido el tres de noviembre de dos mil, previa reunión habida en Palacio de Gobierno el día anterior, entre Fujimori Fujimori, Boloña Behr, Jalilie Awapara y Bergamino Cruz, conjuntamente con su cuñado y Embajador del Perú en Japón, Víctor Aritomi Shinto, constituyen indicios evidentes de que el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori no sólo tuvo conocimiento oportuno del retiro de los cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles sino que le correspondió la ideación y consumación del ilícito conjuntamente con sus codenunciados. De su conducta se colige su responsabilidad como autor.

I. Medió concierto criminal entre el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori y Vladimiro Montesinos Torres para apropiarse de los fondos del Tesoro Público, de suerte que se configuró el delito de asociación ilícita para delinquir. Tal imputación se demostraría con: **(I)** el reintegro de los quince millones de dólares, cuya fuente de procedencia se presume ilícita, puesto que no fueron los mismos billetes que se emitieron; **(II)** la omisión de denuncia respecto al delito de conspiración, cuando Montesinos Torres amenazó con dar un golpe de Estado; y **(III)** el hecho de no haber denunciado a Montesinos Torres ni a sus codenunciados por el retiro y entrega a éste último de fondos del Tesoro Público, precisamente porque tenía que proteger la organización criminal.

J. Se imputa al ex Presidente Fujimori Fujimori la comisión del delito de falsedad ideológica por haber insertado en el Decreto de Urgencia número 081–2000, a sabiendas de su falsedad, la frase "*con el voto aprobatorio del Consejos de Ministros*", puesto que nunca se realizó tal

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Consejo. El citado Decreto de Urgencia fue empleado para la afectación del Tesoro Público como si la declaración falsa fuera conforme a la verdad.

§ 2. *Actos de imputación de la Fiscalía.*

31°. La señora Fiscal de la Nación en su denuncia formalizada de fojas dos sostiene que el encausado Alberto Fujimori Fujimori tiene la calidad de coautor de los delitos de peculado, asociación ilícita para delinquir y falsedad ideológica –también se comprendió en la citada denuncia al ex ministro de Economía y Finanzas Carlos Alberto Boloña Behr, al ex ministro de Defensa Carlos Alberto Bergamino Cruz y al ex presidente del Consejo de Ministros Luis Federico Salas Guevara Schultz–.

Los fundamentos de hecho que relata son:

A. El veinticinco de agosto de dos mil el presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas –en adelante, CCFFAA– general de división EP José Villanueva Ruesta remitió al MEF el oficio número 2041–CCFFAA, mediante el cual solicitó la ampliación presupuestaria por la suma de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles, a efectos de atender el costo de las operaciones que supuestamente iba a realizar el CCFFAA en la frontera con Colombia para contrarrestar la posible incursión y acciones subversivas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –en adelante, FARC–. En tal virtud, el ministro de Defensa, general EP Carlos Bergamino Cruz, en la misma fecha solicitó al ex ministro de Economía y Finanzas, doctor Carlos Boloña Berh, una autorización con carácter de urgente de ampliación del presupuesto del MINDEF, por el importe antes indicado. Es así que con fecha diecinueve de septiembre de dos mil se dictó el Decreto de Urgencia número 081–2000, suscrito por el encausado Alberto Fujimori Fujimori, el ex presidente del Consejo de Ministros Federico Salas Guevara Schultz, el ex ministro de Economía Carlos Alberto Boloña Behr y el ex ministro de Defensa Carlos Alberto Bergamino Cruz. En su emisión, sin embargo, no se siguieron los procedimientos regulares previstos en la Constitución. El citado Decreto de Urgencia autorizó al Pliego 026 del MINDEF 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.

B. En ejecución del citado Decreto de Urgencia, el veintidós de septiembre del mismo año el ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, remitió al ministro de Economía y Finanzas el oficio número 11338–MD3, solicitando la entrega de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, requerimiento que fue atendido en el día. Esta suma, luego de ser convertida en dólares americanos –quince millones de dólares–, fue proporcionada al general EP Muente Schwarz, quien a su vez la entregó al ex ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, quien finalmente habría proporcionado dicho dinero a Montesinos Torres como una supuesta compensación por sus servicios prestados a la Nación.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

C. La planificación de operaciones en la frontera con Colombia para contrarrestar la posible incursión de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –en adelante, FARC– fue una invención, con la finalidad de justificar el retiro de los fondos de las arcas del Tesoro Público.

D. Posteriormente, el dos de noviembre de dos mil, el ex Presidente Fujimori Fujimori habría llamado telefónicamente al ex ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, para ordenarle que concurra a Palacio de Gobierno. Allí, en presencia del ex ministro de Economía y Finanzas, doctor Boloña Behr, y el ex vice ministro de Hacienda, doctor Alfredo Jalilie, le entregó tres maletas conteniendo quince millones de dólares y le indicó que era el dinero retirado conforme al Decreto de Urgencia número 081–2000 y que debía devolverse al Tesoro Público, lo que se cumplió al día siguiente a través del general EP Muente Schwarz. Sin embargo, ese dinero no era el mismo que se retiró del Banco de la Nación y se entregó a Montesinos Torres.

E. El hecho de la devolución del dinero al Tesoro Público no exime de responsabilidad a sus autores toda vez que el delito se consumó con el retiro del mismo.

F. El denunciado Alberto Fujimori, como Presidente de la República, tenía facultades de administración sobre el dinero en cuestión. Ello le permitió, conjuntamente con sus codenunciados, disponer del mismo. Además, hizo insertar datos falsos en el Decreto de Urgencia número 081–2000, para lo cual previamente se organizaron delictivamente.

La señora Fiscal de la Nación calificó estos hechos en agravio del Estado en lo dispuesto en los artículos 387º –peculado–, 317º –asociación ilícita para delinquir–, y 428º –falsedad ideológica– del Código Penal.

32º. Agotada la etapa judicial de instrucción, la señora Fiscal Suprema en Segunda Instancia en su dictamen acusatorio número ciento diecinueve, de fojas cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve, precisó lo siguiente:

A. Del delito de *peculado*. El encausado Alberto Fujimori Fujimori, en su calidad de funcionario público de la más alta jerarquía de la Administración Pública, por ejercer en esos momentos la Presidencia de la República en los periodos mil novecientos noventa a dos mil, ideó y ejecutó acciones ilícitas propias de un poder corrupto, conjuntamente con el ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional –en adelante, SIN– Vladimiro Montesinos Torres y sus ex–ministros Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Guillermo Salas Guevara Schultz, con el fin de disponer y apropiarse del dinero del Estado ascendente a la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, a cuenta del monto autorizado en el Decreto de Urgencia número 081–2000 (sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles). El pretexto de ese apoderamiento fue el pago de una supuesta "compensación de tiempo de servicio a la Nación" al ex asesor del SIN Montesinos Torres, quien en esos momentos planeaba su fuga del país. Según este último, el propósito de esa apropiación fue desviar ese monto a una cuenta en Suiza que posibilite su futura candidatura a la Presidencia del Perú en el año dos mil seis. Sin

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

embargo, lo cierto es que el dinero en cuestión es recibido por Vladimiro Montesinos Torres y, luego, entregado a terceros para ser depositado en la Banca extranjera.

B. Del delito de *asociación ilícita para delinquir*. El encausado Alberto Fujimori Fujimori conformó una organización integrada en este caso por el ex asesor del SIN Vladimiro Montesinos Torres y los ex ministros denunciados Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Guillermo Salas Guevara Schultz, para concertar, planificar y ejecutar la apropiación de fondos del Tesoro Público de la Nación, ascendente a la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles. Para ello contaron con el apoyo del Presidente del CCFFAA, general EP José Guillermo Villanueva Ruesta, quien fue el que solicitó el dinero con el supuesto propósito de solventar los gastos de la posible incursión y acciones subversivas de las FARC. De la falsedad de ese argumento totalmente estaban enterados los acusados participantes, quienes festinando trámites con acciones individuales propias y punibles contribuyeron a la realización del ilícito penal.

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

§ 3. *La sentencia extraditoria de la Corte Suprema de Chile.*

33°. La sentencia expedida en segunda y última instancia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Chile, del veintiuno de septiembre de dos mil siete, estimó que por medio de actos administrativos falsos y posterior dictación del Decreto de Urgencia número 081–2000 se obtuvo, el veintidós de septiembre de dos mil, la entrega de quince millones de dólares provenientes de fondos públicos, bien sea para atender un inexistente "Plan Soberanía" para contrarrestar la incursión de la guerrilla colombiana, bien para cancelar improcedentes compensaciones por servicios prestados al Gobierno por parte del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, bien para hacerse de fondos con el fin de destinarlos a una futura campaña presidencial. Así consta del fundamento sexagésimo de la referida sentencia.

Dicho órgano jurisdiccional desestimó el delito de asociación ilícita para delinquir, y precisó que los hechos antes descritos únicamente son suficientes para justificar la extradición por los delitos de peculado y falsedad ideológica –artículos 387° y 428° del Código Penal– y que surgieron al momento en que el imputado Alberto Fujimori Fujimori suscribió el Decreto

YANET CARAZAS GARAY

de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, mediante el cual autorizó una ampliación presupuestaria al MINDEF por la suma equivalente a quince millones de dólares.

§ 4. *La acusación acumulada y reformulada o adecuada.*

34°. Cumplidos los trámites internos y corrida vista fiscal para la reformulación de un dictamen único, una vez que se fijaron los nuevos marcos del enjuiciamiento como consecuencia del procedimiento de extradición, la Fiscalía Suprema en lo Penal emitió el dictamen número 2195–2007–1°FSP–MPFN, del diecisiete de octubre de dos mil siete, de fojas siete mil trescientos setenta y tres.

Desde la perspectiva fáctica resalta lo siguiente:

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

B. El hecho generó un terremoto político de tal magnitud que remeció y debilitó las estructuras del régimen de Alberto Fujimori Fujimori, que días después determinó su caída. El tercer periodo presidencial se instaló bajo numerosos cuestionamientos acerca de su legitimidad –sentido y alcance de su postulación y resultados electorales–; crisis política e inestabilidad que se incrementó por la propalación del video Kouri – Montesinos.

C. En dicho escenario y ante la urgencia de lo acontecido tuvo lugar la conversación y negociación entre el ex Presidente Fujimori Fujimori y su asesor Montesinos Torres para el pago a este último de una compensación por sus servicios prestados durante el periodo de mil novecientos noventa al dos mil, a razón de un millón y medio de dólares por año, hasta alcanzar la suma total de quince millones de dólares. Montesinos Torres reconoció que su sueldo como asesor del SIN fue aproximadamente de mil quinientos nuevos soles mensuales.

D. El resultado de las negociaciones determinaron la reactivación de las gestiones iniciadas el veinticinco de agosto de dos mil ante el ministro de Economía y Finanzas, doctor Carlos Boloña Behr, por el entonces presidente del CCFFAA, general EP José Villanueva Ruesta mediante oficio número 2041–CCFFAA –quien en su declaración del quince de mayo de dos mil uno expresó que antes de la formulación del documento consultó con el Presidente Alberto Fujimori Fujimori–. Esta petición fue formulada en términos similares por el entonces ministro de Defensa, general EP Carlos Bergamino Cruz –oficio número 11296–MD–H/3–, en cuya virtud solicitó una

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

ampliación del presupuesto de la UE: 002 CCFFAA del Pliego 026: Ministerio de Defensa por el importe de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles –el general EP Bergamino Cruz corroboró la afirmación del general EP Villanueva Ruesta–.

E. En los referidos oficios se sostenía, entre otros puntos, que el Sistema de Inteligencia Nacional –en adelante, SINA– había desmantelado una organización internacional clandestina de triangulación de armas que abastecía a las FARC y que ponía en riesgo nuestro país, por lo que resultaba necesario la urgencia de una ampliación del presupuesto de la UE: 002 CCFFAA del Pliego 026 del Ministerio de Defensa –por el importe de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles–, para la ejecución de un plan de operaciones denominado "soberanía". Empero, se ha determinado, con el informe del ex ministro de Defensa, general EP Walter Ledesma Rebaza, que dicho Plan no existió.

F. Con Fujimori Fujimori fue con quien Montesinos Torres conversó, trató y negoció sobre el pago de una compensación por tiempo de servicios, por el trabajo que realizó para el régimen desde mil novecientos noventa al dos mil, en razón de que su permanencia se había tornado absolutamente insostenible. En ese contexto el acusado Alberto Fujimori Fujimori, aceptando los requerimientos formulados por Montesinos Torres, expidió el Decreto de Urgencia número 081–2000, que autorizó tanto al Pliego 026 del MINDEF, a utilizar recursos financieros correspondientes a la fuente de financiamiento de recursos ordinarios hasta por la suma de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles, como al MEF a transferir recursos financieros por dicha suma al MINDEF, para la ejecución de acciones que conduzcan a objetivos de seguridad nacional; dispositivo legal que, sin embargo, no fue dictado para la ejecución de un plan militar.

G. El Decreto de Urgencia número 081–2000 fue expedido por el Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, así como por el ex ministro de Economía y Finanzas Carlos Alberto Boloña Behr y el ex ministro de Defensa Carlos Alberto Bergamino Cruz, quienes el veintiocho de febrero de dos mil cinco, fueron condenados como coautores del delito de peculado en agravio del Estado, y por Luis Federico Salas Guevara Schultz, presidente del Consejo de Ministros, quien también fue condenado como cómplice primario del delito de peculado en agravio del Estado. Igualmente Boloña Behr, Bergamino Cruz y Salas Guevara Schultz fueron condenados como coautores del delito de falsedad ideológica en agravio del Estado. La Sala Penal Especial ordenó, a su vez, la reserva del juzgamiento del acusado ausente Alberto Fujimori Fujimori.

H. El Plan de Operaciones conocido como "soberanía" nunca existió. Fue un pretexto, una excusa, utilizada por Alberto Fujimori Fujimori y otros para apropiarse de fondos provenientes del Tesoro Público y ser ilícitamente entregados el veintidós de septiembre de dos mil a Vladimiro Montesinos Torres, quien personalmente recibió en la sede del SIN los quince millones de dólares de manos del general EP Luis Aníbal Muente

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

Schwarz, jefe de la OGA del MINDEF. Montesinos Torres esa misma noche, y en la sede del SIN, entregó el dinero a James Stone Cohen para que lo saque del país y lo deposite en una de las cuentas que tenía el primero en el exterior.

I. Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República le corresponde, entre otras atribuciones, administrar la hacienda pública. Tiene una relación funcional con los fondos públicos. Aceptó el pedido que le formuló su asesor Vladimiro Montesinos Torres y lo materializó por medio del Decreto de Urgencia número 081–2000. La expedición de dicha norma legal fue el instrumento o mecanismo que utilizó con los ya sentenciados Boloña Behr, Bergamino Cruz y Salas Guevara Schultz para apropiarse del dinero del Estado y entregarlo a Montesinos Torres –un tercero–.

J. Los billetes en dólares proporcionados a Montesinos Torres en la noche del veintidós de septiembre de dos mil, de quince millones de dólares, son diferentes a los que el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, el dos de noviembre de dos mil, entregó en Palacio de Gobierno al entonces ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, para ser devueltos al Tesoro Público. El aludido general EP, al percatarse de la magnitud y consecuencias del hecho delictivo en que había incurrido y enterarse que Montesinos Torres había viajado a Panamá, reclamó intensamente la devolución de la suma de dinero materia del peculado, suma que le fue entregada por Alberto Fujimori Fujimori en presencia del ex ministro de Economía y Finanzas, doctor Boloña Behr, del vice ministro de Hacienda, Jalilie Awapara, y de su cuñado y Embajador del Perú en Japón, Aritomi Shinto.

35°. La Fiscalía Suprema calificó los hechos como delitos contra la Administración Pública – peculado y contra la Fe Pública – falsedad ideológica, ambos en agravio del Estado, previstos en los artículos 387° y 428°, del Código Penal, respectivamente.

36°. En tal virtud, reproduciendo en lo pertinente los dictámenes anteriores, el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, atendiendo a los delitos que estimó probados: peculado y falsedad ideológica, solicitó que se imponga al encausado Alberto Fujimori Fujimori ocho años de pena privativa de libertad, inhabilitación por el plazo máximo establecido por artículo 426° del Código Penal y artículo 36°, incisos 1 y 2, del Código Penal, y doscientos días–multa, así como dos millones de nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado.

37°. La Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado, respecto de su pretensión civil alternativa, ascendente a noventa y nueve millones setecientos noventa y dos mil ochocientos dieciséis nuevos soles, sostiene que ésta comprende el monto del peculado y sus intereses más el daño causado por el delito de falsedad ideológica. Considera que la devolución de los quince millones de dólares no es restitución, pues se trata de un bien distinto y no puede estar amparado por esa figura jurídica; agrega que el daño

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

causado por el delito de peculado es de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, que el perjuicio material por los intereses legales –cinco por ciento anual– no percibidos por dicha suma a favor del erario nacional desde el veintidós de septiembre de dos mil hasta la fecha –mayo dos mil nueve– asciende a la suma de treinta y siete millones doscientos noventa y dos mil ochocientos dieciséis nuevos soles, y que el daño material causado por el delito de falsedad ideológica alcanza a la suma de diez millones de nuevos soles.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

CAPÍTULO III

POSICIÓN DE LA DEFENSA

38°. Como se anotó en el párrafo 25° de esta sentencia, el imputado y su defensa se acogieron a la conformidad limitada conforme a lo previsto por el artículo 5° de la Ley número 28122. Aceptados los hechos que constituyen el *factum* de la acusación, la parte acusada cuestionó las consecuencias jurídicas, penales y civiles, propuestas por la Fiscalía y la Procuraduría Pública del Estado –circunscripta a la reparación civil en este último caso, que incluso planteó una pretensión civil alternativa–.

Desde esa perspectiva la defensa estimó que no puede declararse culpable al imputado Fujimori Fujimori porque se restituyeron los fondos públicos ascendientes a quince millones de dólares, lo que alternativamente produjo los siguientes efectos jurídicos: exclusión de la antijuricidad material por ausencia de lesión al bien jurídico, o arrepentimiento activo o reparación del daño con carácter exoneratorio. De igual manera el cargo por delito de falsedad ideológica no puede prosperar porque la participación del acusado en la expedición del Decreto de Urgencia número 081–2000 lo hizo como Presidente de la República y, como tal, dentro del ámbito de la prerrogativa constitucional de la inviolabilidad que generó el refrendo ministerial, lo que importa una causa personal de exclusión de pena. Por último, no corresponde declarar la responsabilidad civil y condenar del encausado Fujimori Fujimori al pago de una reparación civil por los hechos conformados por cuanto se restituyó los fondos públicos y, en suma, no se generó daño civil indemnizable a favor del Estado.

39°. Los planteamientos que formula, resumidamente, son los siguientes:

A. Se produjo una restitución efectiva de fondos públicos, lo que fue establecido por la anterior sentencia de esta Sala Penal Especial de fojas seis mil setenta, del veintiocho de febrero de dos mil cinco, ratificada por la Ejecutoria Suprema de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y uno, del catorce de diciembre de ese año. Estos fallos han generado cosa juzgada respecto al tema civil –es una causa seguida por los mismos imputados y hechos, en la que el acusado Fujimori Fujimori intervino como reo ausente– y, como consecuencia de sus efectos positivos, no cabe discutir por segunda vez si hubo o no restitución. La realidad de la restitución ya ha sido determinada.

B. La reversión de los fondos públicos cuestionados se realizó a través del procedimiento de reversión correspondiente conforme a la Directiva de Tesorería aprobada por Resolución Directoral número 045–99–EF/77.15, expedida por la Dirección General del Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas. Este procedimiento está vigente y surge eficacia hasta el presente.

C. La Fiscalía sostiene que los billetes entregados el dos de noviembre de dos mil fueron otros diferentes a los que se les proporcionó a Montesinos Torres el tres de noviembre de dos mil, por lo que no cabe el

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

procedimiento de reversión. Empero, el origen del dinero no está especificado en los hechos conformados, y como el dinero es un bien fungible el cumplimiento de la obligación se realiza con bienes equivalentes. La devolución no ha sido rechazada por el Estado que recibió el dinero.

D. La consecuencia jurídico penal de la restitución del dinero requiere de un tratamiento distinto respecto de los efectos civiles de la sentencia penal. El efecto de un fallo penal sólo es negativo, nunca positivo; por ende, si la sentencia anterior estimó que el delito de peculado se cometió, mal puede vincular de modo absoluto a este Tribunal y sobre esa base exigirle similar conclusión y efectos penales. Lo que se propone, según se ha expuesto anteriormente, son tres vías alternativas para rechazar el recurso a la sanción penal. Exclusión de antijuricidad material por ausencia de lesión del bien jurídico, arrepentimiento activo y reparación del daño con carácter exoneratorio.

E. **(1)** En cuanto a la ausencia de antijuricidad material, se parte de entender que el bien jurídico en el delito de peculado es el patrimonio público bajo un concepto funcional –que tiene un efecto restrictivo sobre la intervención penal–, es decir, el mantenimiento y gestión del patrimonio público para cumplir o satisfacer el fin o la necesidad institucional asignada en el presupuesto. Se requiere, por tanto, que el patrimonio destinado a un fin determinado se perjudique o afecte como consecuencia de la apropiación, a partir de la quiebra de la capacidad administrativa del Estado para cumplir los fines presupuestales asignados. El objeto específico de protección penal es la afectación de la ejecución del gasto público, del servicio público asignado como finalidad presupuestal. De los hechos conformados y del Decreto de Urgencia no se advierte la existencia de afectación a los servicios públicos como consecuencia de la entrega de los fondos cuestionados. No se ha expresado siquiera el servicio que se dejó de prestar durante el tiempo en que el dinero salió del erario nacional. Siendo así, no se puede entender que el delito de peculado se consumó, la apropiación no llegó al estado de consumación porque no se afectó el bien jurídico: patrimonio público funcional, traducido en la debida ejecución del gasto público, en la afectación del servicio público. La antijuricidad material requiere no una mera infracción del deber del cargo, sino la afectación del correcto funcionamiento de la Administración con la lesión del servicio público, lo que no ha ocurrido.

F. **(2)** En lo concerniente al arrepentimiento activo, institución prevista en el artículo 18° del Código Penal, estima que excluye de sanción a su autor, siempre que el arrepentimiento sea voluntario y que la conducta del agente impida la consumación material del delito. En los hechos conformados, en primer lugar, no aparece que el acusado actuó en un contexto que lo obligó a la restitución del dinero; sobre este punto la acusación guarda silencio. En segundo, la consumación, según ya lo tiene expuesto, no se habría producido; al devolverse el dinero al fisco y concluirse el proceso de reversión, es evidente que no se produjo la consumación del delito, por lo que el arrepentimiento activo llevado a

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

cabo –concretado en el procedimiento de reversión– importa la exclusión de la pena.

G. **(3)** En lo relativo a la exclusión de pena por reparación del daño, en tanto se considere que la reversión operó después de la consumación formal pero antes de la consumación material del delito de peculado, cabe afirmar su procedencia porque la reintegración del dinero mantuvo la indemnidad del bien jurídico –los servicios públicos no fueron afectados, que constituye un requisito de todas las figuras de peculado, no sólo de malversación–, restableció la vigencia de la norma. Tal reparación del daño, en estas condiciones, tiene un carácter exoneratorio; no hacerlo vulneraría el principio constitucional de proporcionalidad.

H. Por otro lado, tampoco cabe afirmar la punibilidad por el delito de falsedad ideológica. Es de invocar, como causa personal de exclusión de pena, la inviolabilidad como prerrogativa constitucional derivada del refrendo ministerial al expedirse el Decreto de Urgencia número 081–2000. Los ministros que refrendan la norma antes citada asumen la responsabilidad penal del acto presidencial –lo hacen como si fuera un acto propio–. El Presidente es irresponsable de los actos de función que realiza a nivel normativo, no puede haber delito a través de un Decreto de Urgencia. El Presidente sólo puede ser sancionado por actos en el ejercicio de su función en los supuestos del artículo 117° de la Constitución; en lo demás, y en la medida en que se produjo el refrendo ministerial, el Presidente de la República es inviolable.

I. Finalmente, no corresponde una sentencia de condena al pago de la reparación civil. El daño civil resarcible tiene como elemento material el hecho perjudicial y como elemento formal el tipo de daño que genera la violación. Como el dinero se restituyó no hay hecho perjudicial que destacar. Los hechos dañosos, según la Procuraduría, son el interés devengado por la no restitución y el dinero no utilizado para otras actividades de suma necesidad e importancia para el país, pero no los ha postulado. La ausencia del hecho perjudicial y la no postulación de daños, de los perjuicios patrimoniales, determina que no es posible una condena al pago de reparación civil.

40°. El acusado Fujimori Fujimori hizo uso de su derecho a la última palabra en la sesión tercera. En su autodefensa expresó lo siguiente:

A. Insiste en que si bien aceptó los hechos acusados, rechaza en cambio la responsabilidad penal, pena y reparación civil que se le atribuye, a la vez que expresa su desconfianza en la justicia nacional atento al resultado del primer juicio. Rechaza que se entienda que con su conducta al firmar el Decreto de Urgencia número 081–2000 procuró premiar a Montesinos Torres. Explica su sometimiento a la conformidad limitada por razones de salud como consecuencia de la causa anterior y en que no considera que encontrará justicia en este Tribunal por la decisión que se arribó en aquella ocasión, por la forma cómo se valoró los hechos y no se tomó en cuenta los testigos de descargo.

B. Sostiene, exponiendo su versión de lo sucedido, que la adecuada comprensión de los hechos objeto de acusación sólo podrá tener lugar si

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

se toma en cuenta el contexto en que se dieron, de carácter inusual y extraordinario. Añade que como consecuencia del video Kouri/Montesinos decidió recortar su mandato presidencial, desactivar el SIN y convocar nuevas elecciones en las que no participaría como candidato. Precisa que firmó del Decreto de Urgencia número 081–2000 obligado por las circunstancias excepcionales, debido a que estaba en riesgo la estabilidad del país, en vista del control total que tenía Montesinos Torres sobre la cúpula militar y el riesgo de golpe de Estado que aquél podía realizar. Aduce que ahora se conoce que fueron varios los intentos para derrocarlo, tanto antes de las elecciones cuanto después de su anuncio de nuevas elecciones y desactivación del SIN.

C. Informa que su intención, desde un inicio, respecto de las elecciones del año dos mil, era ser candidato, ganar la contienda electoral y luego de un tiempo dejar la Presidencia a quien garantizara estabilidad institucional. Entendió que el doctor Francisco Tudela era la persona indicada y, con esa finalidad, conversó con él en Nueva York. Sin embargo, tal propósito, al ser conocido por Montesinos Torres, que no aceptaba la presencia de Tudela, con el cual había una mutua antipatía y se percibían como enemigos, generó resistencias del primero, de su cúpula militar, que tenían presente el peligro que ello significaba para su propio proyecto político. Como Montesinos Torres, a partir de ese momento, percibió que había decidido prescindir de sus servicios, preparó un golpe de Estado contra su gobierno.

D. Recién con la propalación del video Kouri/Montesinos conoció que el asesor de Inteligencia Montesinos Torres quería comprar congresistas para su propio proyecto político, para asegurar una bancada propia –distinta de la oficialista–, lo que por lo demás se expresó en la censura a la Presidenta del Congreso Martha Hildebrandt. Desde el momento de su anunció de cambios radicales optó en no conversar con Montesinos Torres y asegurar mecanismos de defensa para evitar un golpe de Estado, pese a lo cual la crisis ya se había generado. Es así que el ministro Boloña Behr, por propia iniciativa, propuso a Montesinos Torres desistir del golpe de Estado a cambio de un pago, oferta que fue aceptada por el ex asesor.

E. Esta solución, luego, se la propuso el ministro Boloña Behr, acompañado del Presidente del Consejo de Ministros Salas Guevara Schultz, bajo el argumento que era la única opción posible para evitar un mal mayor. Si bien postergó al máximo la decisión, tuvo que aceptarla porque la fórmula ofrecida era la vía más concreta –tras la firma de un Decreto de Urgencia– de poner fin a los intentos desestabilizadores de Montesinos Torres.

F. Una vez que Montesinos Torres viajó a Panamá, realizó gestiones para que se le otorgara asilo político –incluso ante la Organización de Estados Americanos y el Departamento de Estado en Washington–, pero el trámite fue más difícil de lo esperado. Un mes después se le informó que Montesinos Torres regresaba al país, por lo que trató de disuadirlo, al contactarlo telefónicamente en Guayaquil, pero con resultado negativo. Montesinos Torres le dijo que su vida corría peligro por amenazas de narcotraficantes

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

y terroristas, por lo que autorizó su ingreso al país con la condición que quedara retenido en el SIN sometido a las investigaciones correspondientes. Sin embargo, Montesinos Torres ayudado por la cúpula militar dirigida por el general EP Villanueva Ruesta logró evadir la vigilancia.

G. Al iniciar su búsqueda e identificar a los hombres de Montesinos Torres, ingresó a la sede del SIN –aún cuando existía el riesgo de oposición por los militares unidos a este último–. En el SIN, luego de varias horas de intensa búsqueda, logró recuperar quince millones de dólares, dinero con el que efectuó la restitución correspondiente, para lo cual citó a Boloña Behr, Bergamino Cruz y Jalilie Awapara a fin de que iniciaran el procedimiento de reversión.

H. Finalmente, insiste en que evitó un golpe de Estado y desactivó una emergencia, pero por la crisis desatada no pudo encabezar la transferencia de mando como hubiese querido. Niega haberse apropiado de dineros del Estado.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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[1]. 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[2].

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,

---

[1] Por todos: SCHLÜCHTER, ELLEN: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 79.

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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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 mi, 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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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 número11338 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 Muente 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 Muente 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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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[3]. 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[4]. 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

---

[3] 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].

[4] 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].

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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

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.

---

[5] 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).

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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[6]–. 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*"[7]. 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*"[8].

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

---

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

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

[8] SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Pública*, Iustitia – Grijley, Lima, 2009, página 328.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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 Muente 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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

de Presidente de la República firmó el Decreto de Urgencia número 081–2000[9], 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[10].

¶ 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[11].

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–[12].

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

---

[9] 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.

[10] 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.

[11] CREUS, CARLOS: *Falsificación de documentos en general*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004. página 131.

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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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[13].

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[14] 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[15].

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[16].

---

[13] 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.

[14] 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.

[15] CREUS, CARLOS: *Obra citada*, página 129.

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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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[17]–. 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 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[18].

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[19].

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[20].

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.

---

[17] MORILLAS CUEVAS, LORENZO y otros: *Derecho Penal Español – Parte Especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 821.

[18] ORTS BERENGUER, ENRIQUE y otros: *Derecho Penal – Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 723.

[19] SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho Penal Argentino*, tomo V, novena reimpresión, Editorial TEA, Buenos Aires, 1983, Página 363.

[20] QUINTERO OLIVARES, GONZALO y otros: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, página 1739.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
de la Corte Suprema

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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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 389º 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*"[21].

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.

56º. 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 17º 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[22]. Lo cual produce una lesión inmediata de varios bienes jurídicos, como los deberes de probidad,

---

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

[22] 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).

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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[23], o del Código Penal vigente como JORGE HUGO ÁLVAREZ y MANUEL ABANTO VÁSQUEZ[24], coinciden en caracterizar al peculado como una apropiación funcionarial 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 contario, 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*"[25]. Coincide con este autor, ALONSO PÉREZ, quien acota que este delito constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que

---

[23] 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.

[24] 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.

[25] 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].

YANET C[illegible] GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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[26]. 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[27].

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[28] y la jurisprudencia[29].

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*

---

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

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

[28] 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].

[29] Ejecutoria Suprema número 2169–94/Cañete, del 28.9.1994.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

artículo 46°, deben ser tenidas en cuenta por el juez para individualizar la pena"[30].

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*"[31]. 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*"[32].

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

---

[30] HURTADO POZO, JOSÉ: *Obra citada*, páginas 832/833.
[31] ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A.: *Obra citada*, página 346.
[32] FERREIRA D., FRANCISCO J.: *Delitos contra la Administración Pública*, tercera edición actualizada, Editorial Temis, Bogotá, 1995, página 31.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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[33], 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[34]–, 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 GARCIA TOMA, que, en principio, el Presidente de la República no es pasible de imputación durante su período gubernativo[35], 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[36]; se trata, en suma, como postula CAIRO ROLDÁN, de una obstrucción temporal de iniciar un proceso penal contra el Presidente en ejercicio[37], 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,

---

[33] RUBIO CORREA, MARCIAL: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo IV, PUCP Fondo Editorial, Lima, 1999, página 388.

[34] RUBIO CORREA, MARCIAL: *Obra citada*, página 417.

[35] GARCÍA TOMA, VICTOR: *Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993*, Tomo II, Universidad de Lima Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, páginas 253/254.

[36] EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO: *La responsabilidad del Presidente*, PUCP Fondo Editorial, Lima, 2007, página 210.

[37] 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.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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[38]–, 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[39].

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*..."[40], –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[41]– 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[42].

---

[38] 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.

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

[40] CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *El Derecho Penal Español Parte General*, Editorial Dykinson, tercera edición, Madrid, 202, página 278.

[41] PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal Parte General*, tercera edición, Editorial Grijley, Lima, 1999, página 242.

[42] 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–

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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[43]. 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].

[43] DIEZ–PICAZO, LUIS MARÍA: *La criminalidad de los gobernantes*, Editorial Crítica, Barcelona, 1996, página 13.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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 juego 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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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 resolutiva– 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 resolutiva 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[44], 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[45].

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[46]. Así

---

[44] GÓMEZ COLOMER, JUAN–LUIS y otros: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, 15° Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, página 420.
[45] ARMENTA DEU, TERESA: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, tercera edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, página 276.
[46] CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y otro: *Derecho* Procesal Penal, segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 446.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

las cosas, entiende GIMENO SENDRA, las declaraciones sobre hechos probados gozarán de todo el valor de la prueba documental pública[47].

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 funcionarial 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.

[47] GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, página 708.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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,

...FT CARAZAS GARAY
...Secretaria
...Corte Suprema

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:

ENET CARAZAS GARAY
Secretaria
... de la Corte Suprema

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[48].

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[49] y los requisitos formales y materiales que lo sustentan[50]–.

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

---

[48] 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.

[49] 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.

[50] 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 refrendo 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*".

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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 40º 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.

75º. 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

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

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 aproximado 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 periodísticas, en tanto consolidan un hecho público y notorio, dieron cuenta que el imputado Fujimori 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.

YANET CARAZAS GARAY
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

§ 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 –juzgado 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.

YANET CARAZ
Secre
Sala Penal Especial de la C...

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 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.

JANET CARRAZAS GARAY
Secretaria
Judicial de la Corte Suprema

PARTE TERCERA

DECISIÓN

85°. Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la Nación y con el criterio de conciencia que la Ley autoriza, los señores Jueces integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República;

FALLAN:

86°. CONDENANDO a ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, cuyas generales de ley aparecen descritas en la parte introductoria de la presente sentencia, como autor de la comisión de los delitos contra la Administración Pública – peculado doloso por apropiación y contra la Fe Pública – falsedad ideológica en agravio del Estado.

87°. En tal virtud:

A. Le **IMPUSIERON** SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, que computada desde el siete de noviembre de dos mil cinco en que fue privado de su libertad en Chile atendiendo a la solicitud de extradición hasta el dieciocho de junio de dos mil seis en que obtuvo libertad bajo fianza, y desde el veintidós de septiembre de dos mil siete en que fue puesto a disposición de este Tribunal, vencerá el once de agosto de dos mil catorce.

B. Asimismo, le **APLICARON** la pena principal –y, en este caso, conjunta con la privativa de libertad– de dos años y diez meses de inhabilitación conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal: **(I)** privación del cargo de presidente de la República –extremo que ya operó, como es notorio en atención a la decisión del Congreso mediante Resolución Legislativa número 009–2000–CR, publicada el veintidós de noviembre de dos mil–, **(II)** e incapacidad para obtener mandato, cargo o empleo o comisión de carácter públicos.

88°. FIJARON en tres millones de nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor del Estado. Esta suma corresponde a la establecida en la sentencia condenatoria recaída contra Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Salas Guevara Schultz –sentencia de la Sala Penal Especial de fojas seis mil setenta, del veintiocho de febrero de dos mil cinco, ratificada por la Ejecutoria Suprema de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y uno, del catorce de diciembre de dos mil–. Por tanto, el encausado concurrirá, solidariamente, a su abono.

89°. DISPUSIERON se forme cuaderno aparte con copia certificada de las piezas procesales que a continuación se detallarán para su remisión a la

ANET CARAZAS GARAY
Secretaria
la Penal Especial de la Corte Suprema

Fiscalía Suprema requirente a fin de que haga uso de sus facultades según fueron anunciadas en la última sesión de la audiencia.

1) Balancín firmado por el general EP Luis Aníbal Muente Schwarz de fojas setenta y seis.
2) Recibo de transporte de valores de la empresa PROSEGUR de fojas treinta y dos.
3) Declaraciones del general EP Luis Aníbal Muente Schwarz de fojas setecientos diez, tres mil ciento ochenta y cuatro y cinco mil cuatrocientos ochenta y seis.
4) Declaraciones de Vladimiro Montesinos Torres de fojas mil novecientos cincuenta y ocho, mil novecientos sesenta y tres, y tres mil noventa y uno. Asimismo, las declaraciones brindadas ante las Comisiones Investigadoras del Congreso presididas por los Congresistas Daniel Estrada y Fausto Alvarado Dodero, de fojas siete mil quinientos cuarenta y siete, siete mil seiscientos seis y siete mil setecientos ocho.
5) Declaración del capitán EP Henry David Tunanñaña Guerra de fojas tres mil trescientos noventa y nueve.
6) Autodefensa del ministro Carlos Alberto Boloña Behr de fojas seis mil diecisiete.
7) Declaración de Carlos Manuel Díaz Mariños de fojas tres mil sesenta y dos.
8) Declaraciones del general EP Carlos Alberto Bergamino Cruz de fojas cuatrocientos cuarenta y ocho, dos mil doscientos noventa, dos mil ochocientos cuarenta y tres, cinco mil ciento dieciséis, y cinco mil ciento cincuenta.
9) Declaración de Gerardo Luis Pérez del Águila de fojas setecientos diecinueve.
10) Declaración del general EP Walter Chacón Málaga de fojas seiscientos cuatro.
11) Sentencia de esta Sala Penal Especial de fojas seis mil setenta y su respectiva Ejecutoria Suprema de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y uno. Asimismo, Sentencia de la Tercera Sala Penal Especial de Lima de fecha dieciséis de enero de dos mil seis y su respectiva Ejecutoria Suprema de fecha siete de julio de dos mil seis, ambas del anexo de Fiscalía –causas 035–2001–3°SPE/CSJL y RN 749–2006/Lima, respectivamente. Anexos 9 y 79–.

90°. MANDARON que firme que sea la presente sentencia se inscriba en el Registro respectivo, se remitan los testimonios y boletines de condena; y, hecho, se envíe el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines legales correspondientes. Hágase saber en audiencia pública y tómese razón donde corresponda.–

Ss.

SAN MARTIN CASTRO **PRADO SALDARRIAGA** **ZEVALLOS SOTO**

YANET CARRAZAS
Secretaria
Sala Penal Especial