

PARTE SEGUNDA

FUNDAMENTOS

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DE HECHO

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

62°. El hecho objeto del proceso penal, enseña ROXIN, es el hecho descrito en la acusación de la persona acusada, lo que es una consecuencia del principio acusatorio¹. El hecho punible constituye el requisito material esencial o determinante de la pretensión penal, que obliga al órgano jurisdiccional a establecer su identidad objetiva. Así las cosas, existe identidad de hechos cuando existe coincidencia de los actos típicos de ejecución o cuando los bienes jurídicos ofendidos o lesionados son los mismos².

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.

63°. Sin embargo, 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 ejecutar actividad probatoria ni 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, como consecuencia de la disposición legal, otra opción al Tribunal que tener como hechos ciertos los que ha precisado la acusación fiscal –el reconocimiento de los hechos expresado formalmente por el imputado y su relevancia jurídico penal y jurídico civil son, pues, determinantes–. Se

¹ ROXIN, CLAUS: *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, página 159.

² CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y otros: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 163.

produce, 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 en este último extremo sólo puede entenderse de carácter relativa.

Es de resaltar 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 la institución procesal de la conformidad. No se 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 imprescindible– a la conformidad con los hechos acusados. El imputado ha de aceptar haber cometido los hechos acusados, que es lo que como dato inicial relevante ha ocurrido en el caso de autos.

Pero tal aceptación no es lo único que ha ocurrido. En efecto, en función, de un lado, al número y naturaleza de las pretensiones aceptadas, y, de otro lado, al ámbito de disposición expresada por el encausado y su defensa, se está ante una *conformidad absoluta y plena*. Se trata, en suma, de un allanamiento–confesión³, pues no sólo se aceptó los hechos, sino que no se cuestionó la pena y la reparación civil.

No obstante lo anterior, corresponde al Tribunal el control jurisdiccional de la conformidad, por lo que 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 de los hechos conformados –rige el principio *lura novit Curia*–. 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, la Sala 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, 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 –si se introducen elementos esenciales–, el principio acusatorio.

El Tribunal así entiende, según los términos descritos en este párrafo, los alcances jurídicos de la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1766–2004, 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.

³ GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 2007, página 635.

§ 2. Los hechos confirmados.

64°. 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:

I. CASO: MEDIOS DE COMUNICACIÓN (EXP. AV-33-2003)

- A. El acusado Alberto Fujimori Fujimori, haciendo mal uso de la más alta jerarquía que desempeñó en la función pública –Presidente de la República–, con el propósito de conseguir su reelección y de mantenerse en el poder, desarrolló un conjunto de acciones encaminadas a controlar los medios de comunicación.
- B. En el mes de septiembre de mil novecientos noventa y nueve coordinó y encargó a su asesor Vladimiro Montesinos Torres –cabecilla de una gigantesca red de corrupción que operaba con total impunidad en el aparato estatal y en la Administración Pública, quien tenía el control de las Fuerzas Armadas–, la adquisición del canal de señal cerrada “Cable Canal de Noticias CCN – Canal 10”, de propiedad de Manuel Alberto Ulloa Van-Peborgh, y la compra de la línea editorial del diario “Expreso”, cuyo propietario era Eduardo Calmell del Solar.
- C. En esta operación intervinieron –por disposición de Vladimiro Montesinos Torres– Vicente Silva Checa y el mismo Eduardo Calmell del Solar, personas de confianza del ex asesor presidencial, quienes convencieron a Manuel Alberto Ulloa Van-Peborgh que venda sus acciones del “Canal 10” –que representaban el setenta y cinco por ciento del accionariado–, por la suma de dos millones de dólares americanos.
- D. Para ocultar su conducta dolosa, con conocimiento de Alberto Fujimori Fujimori, en la operación celebrada figuró como comprador Vicente Silva Checa, tal como consta del contrato de compra-venta de acciones del seis de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. Esa misma fecha se entregó a este último la mencionada suma de dos millones de dólares americanos en las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional, oportunidad en que Vicente Silva Checa firmó una letra de cambio como “garantía” de la suma recibida, Acto seguido el dinero en mención fue transferido a Eduardo Calmell del Solar, quien finalmente se encargó de culminar la transacción para la adquisición del “Canal 10”.
- E. Por otro lado, la compra de la línea editorial del diario “Expreso” se concretó con la entrega de dinero en efectivo a su propietario Eduardo Calmell del Solar, para que este medio de comunicación oriente su opinión y línea informativa para promover la imagen del encausado Alberto Fujimori Fujimori y de su régimen, y de este modo contribuya a su ilegal reelección.
- F. Estas operaciones delictivas se realizaron con el dinero otorgado por los Comandantes Generales de los Fuerzas Armadas, quienes ilegalmente desviaron fondos de las instituciones que comandaban. El dinero en cuestión –entregado en el curso del año mil novecientos noventa y nueve–

provenía del presupuesto público otorgado a las Fuerzas Armadas, todo lo cual era de pleno conocimiento del acusado Alberto Fujimori Fujimori.

II. CASO: INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA (EXP. AV-14-2003)

- A. El ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, con el fin de tener el control de la actividad política del país, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con la activa participación de los comandantes generales de los institutos castrenses, de los ministros de Defensa e Interior y del jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, idearon y aplicaron el denominado "Plan Emilio". Este Plan de operaciones comprendía acciones de interceptación telefónica contra diversos ciudadanos adversos a su régimen político, entre ellos, periodistas, políticos, etcétera; actividad delictiva que se inició en los albores del régimen del acusado, se incrementó luego del golpe de Estado de abril de mil novecientos noventa y dos, y culminó tras la aparición del video Kuori/Montesinos a fines del año dos mil.
- B. Para materializar dicho plan utilizaron fondos del Tesoro Público, con los que adquirieron modernos y sofisticados equipos de interceptación telefónica. Los mencionados equipos fueron instalados en los distintos inmuebles que alquilaron en la ciudad de Lima, denominados "bases" o "centros de escucha", y los utilizaron para vulnerar el secreto de las comunicaciones de las personas.
- C. Asimismo, con fondos públicos se pagó al personal asignado a dichas "bases". El personal en mención tenía como misión escuchar, transcribir y comunicar al coronel Ejército Peruano Roberto Huamán Azcurra –todos, en especial este último, de absoluta confianza de Montesinos Torres–, la información obtenida bajo esa modalidad, quien a su vez la trasmittía al asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, el mismo que finalmente la hacía llegar al acusado.
- D. Las interceptaciones realizadas de las líneas telefónicas de Palacio de Gobierno tenían autorización y fueron ordenadas por el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori. En Palacio de Gobierno se instaló una central de interceptación telefónica, conocida como "Casablanca". El acusado Fujimori Fujimori fue el principal beneficiario de esta actividad delictiva.

III. CASO: CONGRESISTAS TRÁNSFUGAS (EXP. 05-2002)

- A. El acusado Alberto Fujimori Fujimori, como Presidente de la República, diseñó, planificó y dirigió el denominado "Plan de Reclutamiento", conjuntamente con el asesor del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos. Este último personalmente ejecutó dicho plan delictivo y cumplió de esta manera el objetivo central que perseguía el acusado: obtener a cualquier costo una mayoría parlamentaria que sometiera a los designios del Poder Ejecutivo, y así controlar, entre otros propósitos, las labores de fiscalización que le correspondía al congreso de la República.

- B.** El imputado Alberto Fujimori Fujimori, como no obtuvo la mayoría parlamentaria en el proceso electoral del nueve de abril de dos mil, encomendó a su ex asesor Vladimiro Montesinos Torres poner en marcha un conjunto de acciones y estrategias destinadas a conseguirla a como diera lugar. Necesitaba que el grupo oficialista “PERÚ 2000” finalmente logre la mayoría parlamentaria en el Congreso de la República, y de este modo sirva como soporte y sustento a su ilegal tercer periodo de gobierno. La decisión para la ejecución de la operación de reclutamiento correspondió al citado encausado Alberto Fujimori Fujimori ante los resultados adversos a nivel congresal.
- C.** Es así como los congresistas Roger Luis Cáceres Pérez, Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, María del Milagro Huamán Lu, Waldo Enrique Ríos Salcedo, Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, Jorge D’Acunha Cuervas, Gregorio Ticona Gómez, José Luis Elías Avalos, Jorge Víctor Polack Merel, Antonio Polomo Orefice, Edilberto Canales Pillaca, Guido Carlos Pennano Allison y José León Luna Gálvez recibieron del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos diversas sumas de dinero provenientes del erario nacional. Tales sumas procedían de los fondos del Servicio de Inteligencia Nacional y de la desviación de fondos de los Ministerios de Defensa e Interior y de los Institutos Armados.
- D.** La entrega de dinero, en algunos casos, tuvo el propósito de que ciertos congresistas abandonen sus bancadas congresales de origen por las que fueron elegidos, se integren a las filas de la bancada oficialista del régimen presidido por Alberto Fujimori Fujimori, y actúen conforme a las instrucciones que se les impartían. A estos parlamentarios se les denominó “Congresistas Tránsfugas”. En otros casos el dinero proporcionado perseguía que determinados congresistas permanecieran en sus bancadas de origen –a los que se denominó “Topos” o “agentes encubiertos”– pero debían votar de acuerdo a las indicaciones del asesor Vladimiro Montesinos Torres, y en orden a los intereses, objetivos y estrategias del acusado Alberto Fujimori Fujimori, siempre a cambio de recibir periódicamente diversas sumas de dinero.
- E.** En la ejecución de la operación de reclutamiento, una vez que se concretaban los acuerdos, los congresistas tránsfugas procedían básicamente a suscribir tres documentos: **i)** carta de renuncia a su partido de origen; **ii)** carta de afiliación o sujeción al partido de gobierno o carta de compromiso para apoyar al régimen de Fujimori Fujimori; y **iii)** un “recibo por el dinero entregado”, que recibían mensualmente de manos del asesor Vladimiro Montesinos Torres. La finalidad de tal suscripción y del dinero recibido fue apoyar, entre otras, las mociones y los acuerdos de la bancada de gobierno “PERÚ 2000” y así cumplir los objetivos políticos del imputado Alberto Fujimori Fujimori.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS DE DERECHO – SUBSUNCIÓN TÍPICA

§ 1. Propuesta de la acusación.

65°. El señor Fiscal Supremo en su acusación fiscal de fojas diez mil doscientos sesenta y dos tipificó los hechos como delitos de peculado, de corrupción activa genérica y de interferencia o escucha telefónica, previstos y sancionados en los artículos 387°, 399° [texto original] y 162° del Código Penal vigente.

Corresponde en este acápite realizar el juicio de tipicidad.

§ 2. El delito de peculado.

66°. El delito de peculado es un delito especial o de infracción de deber⁴. 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 pluriofensiva⁵. En el Acuerdo Plenario número 4–2005/CJ–116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, se deja sentado que ese carácter está 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

⁴ 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].

⁵ ROJAS VARGAS, FIDEL: *Delitos contra la Administración Pública*, cuarta edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, página 480. Debe entenderse, en todo caso, que las conductas típicas suponen un doble ataque al buen funcionamiento de la Administración Pública: por un lado, se pone en entredicho que se esté sirviendo con objetividad los intereses generales; por otro, se produce un daño al patrimonio con el que se sufraga la actividad pública [DE URBINA GIMENO, IÑIGO y otros: *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2006, página 316].

términos se ha pronunciado la Ejecutoria Suprema número 3630–2001/Ucayali, del veintitrés de enero de dos mil uno⁶.

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 cuando 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–.

67°. 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, así como 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.
- E.** Apropiación o utilización (son sus modalidades). La *apropiación* consiste en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado,

⁶ La jurisprudencia española 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, igualmente, 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 agente de peculado 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).

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 tenencia⁷–. 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 utilizando caudales o efectos públicos para sí o para otro.

- F. El destinatario. En el supuesto “*para sí*” el sujeto activo actúa por cuenta propia, apoderándose 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”⁸. 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”⁹.

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 confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una

⁷ GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO/GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO: *Delitos contra la Administración Pública*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, páginas 202/203.

⁸ DONNA, EDGARDO ALBERTO y otros: *Delitos contra la Administración Pública*, segunda edición actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, página 327.

⁹ SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Pública*, Iustitia – Grijley, Lima, 2009, página 328.

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.

68°. De los hechos conformados, materia de la acusación fiscal escrita, se tiene, que efectivamente, el imputado Fujimori Fujimori dispuso de manera dolosa de cuantiosas sumas de dinero pertenecientes al Tesoro Público, los mismos que provenían de la desviación de fondos procedentes de los institutos castrenses, así como de los Ministerios de Defensa y del Interior. Estos dineros eran direccionados al Servicio de Inteligencia Nacional, específicamente a las denominadas Reserva I y Reserva II. Para ello, el mencionado encausado Fujimori Fujimori contó con la participación, entre otros, de los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas; en el caso del Ejército, por el general de Ejército José Villanueva Ruesta; por la Fuerza Aérea, el general del aire Elesván Bello Vásquez; y por la Marina, el almirante Antonio Ibárcena Amico. Todos ellos desviaron ilegalmente fondos de dichas instituciones para objetivos ilícitos.

Desde los cargos formulados por la Fiscalía es claro, de un lado, que se sustrajo de la hacienda pública dinero para que Manuel Ulloa Van-Peborgh transfiera sus acciones por la suma de dos millones de dólares americanos –las que representaban el setenta y cinco por ciento del total de acciones de “Canal 10”–. Para ocultar este comportamiento doloso, se dispuso que en dicha operación figure como comprador Vicente Silva Checa, a quien, precisamente, el seis de noviembre de mil novecientos noventa y nueve se había entregado dicho monto en las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional, oportunidad en que suscribió una letra de cambio como “garantía” por el dinero recibido. El dinero en cuestión fue transferido posteriormente a Eduardo Calmell del Solar, quien se encargó, finalmente, de concluir la adquisición del “Canal 10”.

Además, también se entregó en cuatro armadas la cantidad de un millón setecientos cincuenta mil dólares americanos, al propietario del diario “Expreso”, Eduardo Calmell del Solar, a fin de direccionar la opinión y línea informativa de este medio de comunicación social [Caso “Medios de Comunicación”].

Por otro lado, igualmente se ha establecido que la adquisición de implementos y equipos de interceptación telefónica, pago a los operarios –encargados de transcribir las conversaciones interceptadas–, así como el alquiler de los inmuebles que servían como “base de operaciones”, etcétera para las acciones de interceptación, fueron solventados con dinero del Estado [Caso “Interceptación Telefónica”].

Como fluye de la acusación –y de la respectiva conformidad del imputado Fujimori Fujimori, fue este último quien tomó la decisión de apropiarse de fondos públicos para la comisión de tales hechos y que, además, determinó su modo de ejecución, coordinando estas actividades con el ex asesor Vladimiro Montesinos Torres.

69°. Se trata, en suma, de la evidente comisión consumada de un delito de peculado. El acusado Alberto Fujimori Fujimori dispuso la realización de estas actividades, por un lado, con el propósito de conseguir su reelección y mantenerse en el poder, a cuyo efecto desarrolló un conjunto de acciones encaminadas a controlar los medios de comunicación; y, por el otro, para controlar la actividad política del país conjuntamente, a cuyo efecto contó con su asesor Montesinos Torres y la activa participación de los Comandantes Generales de los institutos castrenses, los ministros de Defensa e Interior y el jefe del Servicio de Inteligencia Nacional.

En tal virtud, se acepta como tal la tipificación propuesta por la Fiscalía y la condición de autor de Alberto Fujimori Fujimori¹⁰.

§ 3. El delito de cohecho activo genérico.

70°. El delito de cohecho activo genérico no es un delito especial como el anterior, pues puede ser realizado por cualquier persona incluso por otro funcionario público. A este ilícito penal también se le denomina soborno. Según el texto original del artículo 399° del Código Penal, vigente antes de la modificación introducida por la Ley número 28355, del seis de octubre de dos mil cuatro, y aplicable al caso *sub júdice*, hay dos modalidades típicas. La primera sanciona a quien *“trata de corromper a un funcionario o servidor público con dadas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones”*. A esta modalidad se le denomina **cohecho activo genérico propio**.

Luego, la norma penal reprime también al que *“trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones sin faltar a sus obligaciones”*. Esta segunda opción típica corresponde al **cohecho activo genérico impropio**.

Ahora bien, la doctrina nacional relaciona este hecho punible con una ilícita pretensión de privatizar o someter a la función pública a los intereses y voluntad de un tercero. El autor de este delito procura, pues, comprar el ejercicio de un acto que corresponde o contradice al ámbito de las competencias, atribuciones y obligaciones de un funcionario público¹¹.

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 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 aquél que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos (modificado por Ley número 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.

De allí que también se sostenga que el cohecho activo afecta la legalidad e imparcialidad de la actuación administrativa¹².

La conducta típica, en ambas formas de corrupción activa genérica, es identificada en la ley como el tratar de corromper a un funcionario público mediante la entrega o promesa de dádivas o beneficios u otras formas de ventajas indebidas. Esto implica que la imputación penal se centra sobre un tercero quien despliega su acción corruptora hacia un funcionario público determinado.

Es un delito doloso, pero de tendencia interna trascendente, donde el autor busca motivar el interés del funcionario público para vender su acto funcional, mediante regalos, dinero, posiciones laborales expectantes, etcétera. Como bien señala ABANTO VÁSQUEZ, ello implica *“proponer al funcionario la compraventa de la función con ofrecimientos idóneos para provocar en éste la decisión de hacerlo infringiendo sus deberes”*¹³.

Sin embargo, es importante destacar que la consumación del delito no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal. En tal sentido, sostiene DONNA: *“El comportamiento delictivo... se consume con la sola propuesta venal, que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público”*¹⁴.

71°. De los hechos conformados, materia del escrito de acusación fiscal, se tiene que, en efecto, el imputado Alberto Fujimori Fujimori, diseñó, planificó y dirigió el denominado “Plan Reclutamiento”, conjuntamente con el ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos Torres.

El objetivo central que perseguía el acusado era el de obtener a cualquier costo una mayoría parlamentaria que se sometiera a los designios del Poder Ejecutivo, y así controlar, entre otros objetivos, las labores de fiscalización que le correspondían al Congreso de la República.

Desde los cargos formulados por la Fiscalía queda claro, entonces, que el conjunto de acciones y estrategias direccionado por el encausado Fujimori Fujimori era conseguir que el grupo parlamentario oficialista “PERÚ 2000” logre la mayoría en el Congreso de la República, y de este modo sirva como soporte y sustento a su tercer ilegal período de gobierno.

Es así como los ex congresistas de la República Roger Luis Cáceres Pérez, Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, María del Milagro Huamán Lu, Waldo Enrique Ríos Salcedo, Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, Jorge D’Acunha Cuervas, Gregorio Ticona Gómez, José Luis Elías Ávalos, Jorge Víctor Polack Merel, Antonio Palomo Orefice, Edilberto Canales Pillaca, Guido Carlos Pennano Allison y José León Luna Gálvez, recibieron de

¹² ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra Editores, Lima, 2001, página 368 y ss.

¹³ ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Obra citada*, página 416.

¹⁴ DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2000, página 106.

Montesinos Torres diversas sumas de dinero provenientes del erario nacional, concretamente dinero del Servicio de Inteligencia Nacional y de la desviación de fondos de los Ministerios de Defensa, del Interior y de los Institutos Armados.

En tal sentido, se ha establecido que la entrega de dinero estuvo destinada a que los citados ex congresistas, en algunos casos, abandonen sus bancadas congresales de origen –para aquellos que fueron elegidos–, y se integren a las filas de la bancada oficialista. A estos parlamentarios se les denominó “congresistas tráfugas”. En otros casos, para que, permaneciendo en sus bancadas de origen –a los que se denominó “topos” o “agentes encubiertos”–, voten en el Congreso conforme a las indicaciones de Montesinos Torres, así como a los intereses, objetivos y estrategias del acusado Fujimori Fujimori, siempre a cambio de recibir en forma periódica diversas sumas de dinero.

72°. Se trata, en suma, de un delito de corrupción activa genérica. La decisión para la ejecución de la operación reclutamiento correspondió al citado encausado ante los resultados adversos que obtuvo a nivel congresal y, conforme se ha establecido, la finalidad –por el dinero recibido– fue la de apoyar, entre otras, las mociones y acuerdos de la bancada de gobierno “PERÚ 2000” y así cumplir los objetivos políticos del imputado, por lo que se acepta como tal la tipificación propuesta por la Fiscalía y la condición de autor de Alberto Fujimori Fujimori.

§ 4. El delito de interferencia o escucha telefónica.

73°. Este delito se encuentra tipificado en el artículo 162° del Código Penal. En dicha disposición se sanciona penalmente a quien fuera de los casos que la ley y las autoridades competentes autorizan, interfiere una comunicación telefónica que no le está destinada; así como a quien, en iguales circunstancias, escucha la conversación telefónica en la que intervienen terceros. Se trata, pues, de conductas ilícitas que afectan el secreto de las comunicaciones privadas y el derecho a la intimidad de las personas, pues el agente actúa sin consentimiento de aquéllas. El tipo legal analizado tutela la intimidad personal comunicativa, el secreto a que tiene derecho el ciudadano en sus comunicaciones telefónicas¹⁵.

Según BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO: “Por interferir se entiende toda acción que se realiza para cruzar una onda con otra –lo que se denomina cruce de líneas– que permite, bien oír una conversación no destinada al sujeto activo, o bien anularla. Escuchar es sinónimo de oír una conversación no destinada al sujeto activo”¹⁶.

La ejecución de este hecho punible requiere, generalmente, la aplicación de procedimientos encubiertos, clandestinos o subrepticios de

¹⁵ VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal Parte Especial Tomo I B*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, página 153.

¹⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO/GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN: *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, página 213.

mayor o menor sofisticación y tecnología. Ahora bien, lo trascendente para la tipicidad es la idoneidad del medio o procedimiento aplicado por el agente y que debe posibilitarle el acceso al contenido de la conversación de terceros. Como señalaba PEÑA CABRERA: *“para que haya ataque a la intimidad la comunicación debe ser como mínimo, escuchada por terceros ajenos a la misma: el modo en que se produzca la escucha telefónica (el pinchazo telefónico no es el único sistema) y si tal escucha se registra o documenta es, en principio, irrelevante: lo esencial es que el contenido de la conversación ya no quede en el poder de los interlocutores”*¹⁷.

Es un delito doloso que se consuma con la mera realización de la interferencia o escucha, y sin que sea requisito para ello la divulgación o la transmisión a terceros del contenido de la conversación telefónica intervenida; es un delito instantáneo¹⁸. Sin embargo, es posible una realización continua del delito bajo la orientación de una misma resolución criminal que involucra la interceptación y escucha simultánea o sucesiva de varios interlocutores. Ahora bien, constituye circunstancia agravante del delito, según el párrafo segundo del artículo 162° del Código Penal, que el autor del ilícito sea un funcionario público conforme a las categorías que define el artículo 425° del Código Sustantivo. Como bien anota la doctrina al analizar esta calificante: *“constituye una típica infracción del deber que incumbe a las autoridades o funcionarios de no inmiscuirse en la intimidad de las personas, salvo en los expresamente autorizados”*¹⁹. De allí, pues, que la ley desvalore con mayor intensidad la realización del delito por quienes tienen la obligación constitucional de tutelar y respetar la intimidad de los ciudadanos y de sus comunicaciones telefónicas y afines.

74°. De los hechos conformados, materia del escrito de acusación fiscal, se tiene que el imputado Fujimori Fujimori controló la actividad política del país conjuntamente con su ex asesor Montesinos Torres y la activa participación de los comandantes generales de los institutos castrenses, ministros de Defensa e Interior, y del jefe del Servicio de Inteligencia Nacional.

Para coadyuvar a ello, se ideó y aplicó el denominado “Plan Emilio”, el mismo que correspondía a acciones de interceptación o escuchas telefónicas de diversos ciudadanos adversos al régimen, ya sean periodistas, políticos, etcétera, y que se inició en los albores del régimen del citado acusado e incrementó luego del golpe de Estado del cinco de abril de mil novecientos noventa y dos, concluyendo tras la aparición del video Kouri/Montesinos, en el año dos mil.

Desde los cargos formulados por la Fiscalía resulta evidente que con el accionar del acusado Fujimori Fujimori se vulneró el secreto de las comunicaciones de diversas personas, entre las que se pueden mencionar a los agraviados Javier Pérez de Cuellar, Jorge Yamil Mufarech Nemi, Javier Ortiz de Zevallos Thorndike, Alberto Bedoya Sáenz, Ricardo Clemente

¹⁷ PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, páginas 594/595.

¹⁸ SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Derecho Penal Parte Especial*, Iustitia Grijley, Lima, 2007, página 551.

¹⁹ PEÑA CABRERA, RAÚL: *Obra citada*, página 598.

Vásquez Suyo, Ricardo Vega Llona, Miroslav Lauer Holoubeck, Ricardo Morales Basadre, Francisco Pérez de Cuellar Roberts, Ruth María Lozada Dejo, Ricardo Federico Fernandini Barreda, Miguel José María León Barandiarán Hart, Juan del Carmen Garaday Villanueva, Jaime Cuneo Velarde, Patricia Milagros Leguía García, Gustavo Adolfo Mohme Seminario, Cecilia del Pilar Valenzuela Valencia, Cesar Hildebrandt Pérez Treviño, Paul Figueroa Lequien, Elsa Felicita Casas Sotomayor, Javier Diez Canseco Cisneros, Luz Áurea Sáenz Arana, Fernando Miguel Rospigliosi Capurro, Javier Maximiliano Alfredo Hipólito Valle Riestra González Olaechea, Enrique Alberto Zileri Gibson, Ángel Alfredo Páez Salcedo, Alberto Alfonso Borea Odría y Lourdes Celmira Rosario Flores Nano.

Como fluye de la acusación, fue el imputado Alberto Fujimori Fujimori quien tomó la decisión de utilizar el aparato estatal para la comisión de tales hechos ilícitos y, además, fue quien determinó el modo de su ejecución.

75°. Se trata, en suma, de la evidente comisión consumada del delito de interferencia o escucha telefónica. El acusado Fujimori Fujimori dispuso la realización de esta actividad ilícita para tener el control de la actividad política del país, interviniendo las comunicaciones de personas adversas a su régimen, con la consiguiente vulneración del secreto de sus comunicaciones. En consecuencia, se acepta como tal la tipificación propuesta por la Fiscalía y la condición de autor de Alberto Fujimori Fujimori.

CAPÍTULO III

DETERMINACIÓN DE LA PENA Y DE LA REPARACIÓN CIVIL

§ 1. *Determinación judicial de la pena.*

76°. Como ya lo ha ratificado esta Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República en sus sentencias de fecha siete de abril último, recaída en la causa número AV-19-2001, y de fecha veinte de julio del año en curso, correspondiente al proceso número AV-23-2001, 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.

77°. 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.

78°. En el presente caso, según se ha determinado, el acusado es autor culpable de tres delitos independientes y de naturaleza distinta: peculado doloso, cohecho activo genérico e interferencia o escucha telefónica. 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 por resultar más favorable que el incorporado posteriormente con 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 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.

79°. Ahora bien, a efectos de determinar la pena o penas del delito más grave, es de destacar que los delitos de peculado doloso, cohecho activo genérico e interferencia o escucha telefónica, 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 cohecho activo genérico –no así en los delitos de peculado e interferencia o escucha telefónica, en tanto y en cuanto en estos ilícitos esta condición de funcionario público constituye un elemento constitutivo del tipo legal o una circunstancia específica de agravación de la penalidad–, 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 octavo, ha explicado que sólo las circunstancias cualificadas permiten la configuración de un 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 cohecho activo genérico, y dentro de la cual el Juez debe determinar la pena concreta y evaluar toda posibilidad de prescripción de la acción penal [Sentencia del Tribunal Constitucional número 1065–2006–PHC/TC, del veintidós de enero de dos mil siete], sería pena privativa de libertad de seis años y ocho meses para el caso tipificado en el primer párrafo del artículo 399° del Código Penal, y de cinco años y cuatro meses para el supuesto regulado en el segundo párrafo de dicha norma –esta conclusión se justifica porque el texto original de ambos párrafos del artículo 399° establecían pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; y no menor de dos ni mayor de cuatro años, respectivamente–, conjuntamente con las penas de inhabilitación no mayor de tres años –esta última prevista en el artículo 426° del citado Código sustantivo–.

De ser así, entonces, el delito más grave de los tres en concurso real, sería el de peculado doloso para el cual la pena es privativa de libertad no mayor de ocho años e inhabilitación no mayor de tres conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal.

En suma, pues, 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.

80°. Por consiguiente, al ser el acusado Fujimori Fujimori culpable de tres hechos punibles resulta ser autor de un concurso real heterogéneo de delitos. Siendo así, la **pena básica** para el caso *sub judice*, como se ha mencionado, es la conminada para el delito de peculado, por ser la más grave. Esta penalidad, como también se ha precisado, está compuesta por dos penas principales conjuntas: pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de ocho 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.

No puede aceptarse, entonces, la inhabilitación prevista en el inciso 4) del artículo 36° del Código Penal –incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia–, pedida por el Ministerio Público, porque no está contemplada para el delito de peculado, que rige la pena básica con arreglo al artículo 50° originario del mismo cuerpo de leyes. La inhabilitación en cuestión sólo está prevista para el delito de interferencia o escucha telefónica del artículo 162° del Código acotado.

81°. Para la individualización de la **pena concreta** se aprecian las siguientes circunstancias agravantes, que están reguladas en el artículo 46° del Código Penal:

- A.** La naturaleza de las acciones ilícitas realizadas de modo premeditado y planificado, dirigidas a lesionar el deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio de la Nación para promover el bienestar general²⁰; así como hacia el deliberado propósito de afectar los derechos a la intimidad y secreto de las comunicaciones de los ciudadanos.
- B.** El empleo de medios fraudulentos y clandestinos, que, además, abusaron de los sistemas y servicios operativos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional para asegurar su efectividad.
- C.** La intervención, concertada y coordinada, en la ejecución de los hechos delictivos, de una pluralidad de personas que actuaron bajo la orientación de las disposiciones dadas por el acusado desde su posición de poder como Presidente de la República.
- D.** La extensión del daño ocasionado al erario público así como a la pluralidad de personas perjudicadas.

82°. Por otro lado, este Tribunal debe evaluar también, primero, si resulta de aplicación un efecto atenuante por el allanamiento–confesión del acusado; 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 al allanamiento–confesión del acusado, según 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, esto es, de coadyuvar a los fines del proceso. Sólo de esta manera se concilian y reducen agravios y se 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 y no se manifestará un

²⁰ 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.

comportamiento con un sentido constructivo de negación en parte del hecho punible cometido, a la vez que una actitud del autor a favor de la ratificación de la vigencia de la norma vulnerada.

En el presente caso, el reconocimiento de ser autor de los hechos punibles imputados, que realizó el acusado en su primera intervención durante el juicio oral, contribuyó a la facilitación del esclarecimiento y definición consiguiente de los delitos objeto del proceso. Cabe, por tanto, aplicar prudencialmente un efecto atenuante a dicho allanamiento–confesión.

83°. En lo referente al beneficio premial por sometimiento a la conformidad procesal, la consecuencia jurídica es otra, distinta de la apreciada en el caso del allanamiento–confesión. El Acuerdo Plenario número 5–2008/CJ–116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, ha declarado en vía de integración jurídica –analogía– que toda conformidad procesal, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto jurídico favorecedor el beneficio de reducción de la pena. 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.

Ahora bien, en atención a lo expuesto, es evidente que en el caso materia del proceso se detecta una concurrencia compatible de circunstancias agravantes –curso real de delitos, modo de ejecución– y atenuantes [por allanamiento–confesión y conformidad], por lo que el órgano jurisdiccional deberá de compensar en la definición de la pena a imponer al acusado los efectos punitivos de unas y otras. Esto es, la extensión de la pena concreta tiene que reflejar la efectividad y valoración de todas las circunstancias concurrentes.

En tal sentido, partiendo de una pena concreta, pero parcial, de ocho años de pena privativa de libertad y de tres años de inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal, la que en justicia corresponde a la pluralidad y modalidad ejecutiva de los delitos cometidos, cabe atenuar su dimensión cuantitativa en base al allanamiento–confesión y a la conformidad manifestadas por el acusado en la audiencia y que la ley reconoce, lo que determina una reducción prudencial de la pena que la Sala Penal Especial estima equivalente a un tercio de la aludida pena concreta parcial.

En consecuencia, pues, la pena concreta a imponer será de seis años de pena privativa de libertad y de dos años de inhabilitación conforme a las incapacidades definidas en los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal.

84°. 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 acusado 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 [veintidós de septiembre de dos mil siete], 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.

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

§ 2. Determinación de la reparación civil.

85°. La reparación civil –que nace del acto u omisión ilícito–, según jurisprudencia consolidada de este Supremo Tribunal, se determina en atención al principio del daño causado (Ejecutoria Suprema número 7–2004/Lima Norte, del siete de diciembre de dos mil cuatro). Debe guardar proporción con el daño y perjuicio irrogado a las víctimas (Ejecutoria Suprema número 3755–99/Lima, del quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve).

Ahora bien, el objeto civil, por su propia naturaleza, tiene un carácter privado, patrimonial –circunscripto a la restitución, reparación e indemnización– y contingente²¹. Está sujeto, además, al principio dispositivo –una de cuyas manifestaciones estriba en la terminación del proceso a través de la renuncia, el allanamiento o la transacción; la conformidad es, precisamente, un allanamiento a la pretensión de las partes acusadoras, con mayor énfasis en lo civil en el que se tiene plena disponibilidad sobre el derecho subjetivo que se discute en la causa–. Lo que se produce en sede penal con el ejercicio de la acción civil es, simplemente, una acumulación heterogénea de procesos –penal y civil– en un procedimiento único, cada uno informado por sus propios principios, con fundamento en la economía procesal –y el no dividir la continencia de la causa²²–, en el que se dictará una única sentencia, la cual contendrá dos pronunciamientos, uno penal y otro civil²³.

La naturaleza privada de la reparación civil permite, a su vez, que las partes puedan disponer sobre su objeto, que es lo que ha sucedido en el presente caso, por lo que ha de estarse a sus propios términos. La acción

²¹ FLORIÁN, EUGENIO: *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1934, página 207.

²² ARMENTA DEU, TERESA: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, página 116.

²³ MONTERO AROCA, JUAN: *Proceso Penal y Libertad*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008, páginas 352/354.

civil reconoce el poder de las partes de disponer de sus derechos privados y tiene un ámbito casi absoluto, sólo limitado por el orden público y el perjuicio posible a terceros. El imputado, en este caso, en virtud del allanamiento, como modalidad de la conformidad postulada, y en tanto supone la sumisión del demandado a la pretensión del actor –en este caso de la Fiscalía Suprema y de la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado–, ha puesto fin al extremo en cuestión²⁴. En tal virtud, debe fijarse la reparación civil en los extremos propuestos por las partes acusadoras.

86°. En esta causa, como ha quedado expuesto, la Fiscalía Suprema en la acusación de fojas diez mil doscientos sesenta y dos solicitó el pago de cinco millones de nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado y tres millones de nuevos soles, en forma proporcional, a favor de cada agraviado por el delito de interceptación o escucha telefónica.

La Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado, empero, con arreglo al 227° artículo del Código de Procedimientos Penales, formuló una pretensión civil propia al estar en desacuerdo, en este extremo, con los términos de la acusación fiscal. Por ende, reclamó una reparación civil a favor del Estado ascendente a veinticuatro millones sesenta mil doscientos dieciséis nuevos soles. Esta pretensión, por razones de admisibilidad y procedencia, fue aceptada por resolución fecha veinticuatro de los corrientes.

87°. El imputado y su defensor al conformarse con este extremo, tal como consta del acta de debate, obligan al Tribunal a aceptar sus términos e imponer la reparación civil tal como ha sido conformada, sin modificación posible. Así está estipulado, por lo demás, en el Acuerdo Plenario número 5–2008/CJ–116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, párrafos 24° al 26° y decisión 8°.

²⁴ LOUTAYS RANEA, ROBERTO/COSTAS, LUIS FÉLIX: *La acción civil en sede penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, páginas 75/79.