



**idehpucp**

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Boletín N° 22

Febrero de 2013

# PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



# El turno del Ministerio Público

En el caso del contrato entre las FFAA y la empresa israelí Global CST

Por **YVAN MONTOYA**  
Coordinador del Proyecto  
Anticorrupción del IDEHPUCP

No hay duda que uno de los últimos casos graves de denuncias por corrupción de funcionarios públicos lo constituye el ya conocido contrato suscrito por las FFAA con la empresa Israeli Global CST, el mismo que habría determinado al estado peruano un perjuicio ascendiente a 40 millones de soles.

La Contraloría General de la República (en adelante la Contraloría), en el ejercicio de sus funciones de control, ha advertido una multiplicidad de irregularidades no sólo con relación al proceso de selección sino sobre todo al proceso de ejecución del mencionado contrato. La mayor parte de esas irregularidades, según información periodística, son graves:

- Adulteración de la resolución que autorizaba las bases del contrato, encontrándose una segunda con el mismo número pero diferente contenido.
- Pagos indebidos a la empresa israelí: pagos adelantados antes de la prestación completa del servicio.

- Aumento en el precio del contrato, que subió de 9 millones 100 mil dólares a 13 millones 359 mil, porque en el contrato no figuraban los impuestos, asumiendo las FFAA el pago de la diferencia.
- La empresa no contó con un informe de auditores (que es lo normal) para los procesos de transparencia.
- Tampoco hubo un proceso de selección tras la competencia con empresas del mismo rubro. El carácter secreto del proceso no enervaba la obligación normativa de convocar al menos a tres postores.



## PRESENTACIÓN

El turno del Ministerio Público (Pág. 1 - 2)

## ENTREVISTA

César San Martín: "Muchos quieren ignorar el problema de las organizaciones criminales de corrupción" (Pág. 3 - 5)

## FRASES

Para el olvido (Pág. 9)

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso de los exministros Baca Campodónico, Camef Dickman y otros vido (Pág. 10 - 18)

- La carta de garantía se entregó 17 días después de firmado el contrato lo cual expuso a riesgo real el patrimonio del estado en ese periodo.
- La carta fianza entregada finalmente declaraba no garantizar las actividades suscritas en el contrato, lo que la hacía inejecutable. Esta carta fue aceptada por el Comando Conjunto de las FFAA.
- La empresa israelí Global CST no pertenecía a la lista de empresas documentadas en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Si una empresa no está ahí, simplemente no está habilitada de realizar ninguna transacción con el gobierno.
- No se prestaron los servicios contratados tal como debía corresponder según los objetivos propuestos: la tercera parte del personal contratado no tenía ni 20 ni 30 años de experiencia, como decía el contrato, la mayoría llegó como traductores o

asesores y no instructores como debía corresponder.

Como puede apreciarse, los argumentos de defensa que se han escuchado por parte del ex Ministro de Defensa, ahora denunciado por delito de colusión, Rafael Rey Rey, y del también denunciado, General Francisco Contreras, sólo hacen referencia indirecta a dos de los cargos antes expuestos: el carácter secreto del proceso, aunque este carácter no es materia, en estricto, de la imputación, y el contrato remitido al Contralor sin la lista de instructores y sobre el cual la Contraloría no habría hecho ninguna observación.

Evidentemente, al menos a través de la prensa, no se han contestado ninguna de las otras irregularidades advertidas por la Contraloría,

muchas de las cuales están en relación con la fase de ejecución del contrato, aspecto en la que aquella institución no interviene.

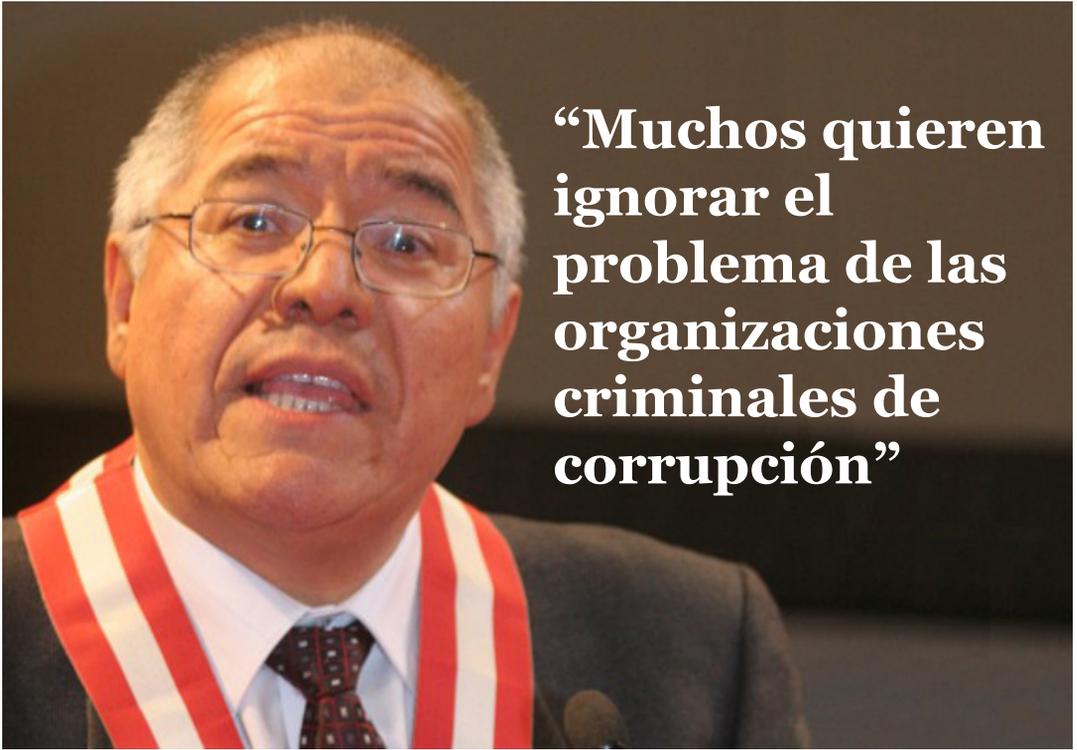
Debe indicarse que las hipotéticas o eventuales omisiones o negligencias cometidas por la Contraloría no hacen santo a los oficiales de las FFAA ni tampoco al ex Ministro de Defensa en lo que le correspondía fiscalizar y en lo que le correspondía impedir.

Finalmente, es importante resaltar que los hallazgos encontrados por la Contraloría, especialmente durante la fase de ejecución del contrato entre las FFAA y la empresa Global CST, justifican sobradamente la denuncia planteada ante el Ministerio Público por este caso. Es el turno ahora de los fiscales. Estos

saben muy bien que un delito de colusión se prueba especialmente mediante prueba indiciaria o indirecta y, saben también, que nuestra jurisprudencia suprema en múltiples casos ha indicado que los indicios de un acuerdo colusorio delictivo están marcados o por el sólo hecho de haber tenido una enorme pluralidad de irregularidades administrativas durante el proceso de selección, suscripción o ejecución del contrato público o por haber tenido sólo algunas de estas irregularidades pero de naturaleza grave.

Si todos o algunos de estos hallazgos evidenciados por la Contraloría son corroborados por el Ministerio Público no hay duda que se tendría material suficiente para una acusación y, eventualmente, para las sanciones penales que correspondan.





## “Muchos quieren ignorar el problema de las organizaciones criminales de corrupción”

**E**l ex Presidente del Poder Judicial y actual Presidente de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia conversa con el **Proyecto Anticorrupción del Idehpucp** sobre la corrupción existente en el Poder Judicial y los mecanismos que buscaron combatirla durante su gestión pasada al mando de dicho Poder del Estado.

**Uno de los cuatro ejes centrales de su gestión como Presidente del Poder Judicial fue la lucha contra la corrupción. ¿Qué mecanismos impulsó usted durante su mandato? ¿Cuáles se pudieron concretizar y cuáles no pudieron ser perfeccionados y culminados?**

Nuestra gestión abordó la corrupción interna del Poder Judicial desde sus dos áreas de incidencia. Por un lado está el área jurisdiccional,

mientras que por el otro lado se encuentra el área administrativa. Con el objetivo de combatir este fenómeno, planteamos varios programas específicos y varios proyectos normativos de hondo calado.

Con respecto al área jurisdiccional, hemos dado apoyo de carácter político institucional y presupuestal a las iniciativas del Órgano de Control de la Magistratura del Poder Judicial (en adelante OCMA). En esa línea se pudo aumentar el presupuesto del Poder Judicial en lo relacionado a los sistemas de control. Ahora bien, cuando hablo de los sistemas de control quiero poner énfasis en que el sistema de control de la OCMA es en rigor un plexo de sistemas de organizaciones, dentro de las cuales se encuentran, por ejemplo, las ODECMAS.

En tal sentido, buscamos darle mayor fuerza a estos sistemas de control, ello a través del incremento de presupuesto, el cual permitió dotarlo de mayores recursos logísticos y de personal. En esta misma línea se les entregó a los mecanismos de control diversos sistemas de cómputo y de software. Estos insumos tecnológicos fueron adquiridos por el Poder Judicial y luego entregados a la OCMA y a los demás sistemas de control para poder trabajar líneas de lógicas interinstitucionales. En otras palabras, entregamos softwares que permiten cruzar información entre sectores, provocando así una inter-operatividad dentro de los órganos del sistema de control. De esta manera, se pudo generar sistemas de información y de gestión en la investigación mucho más eficientes.

En segundo lugar, se creó en la OCMA una Unidad de Investigaciones Especiales, la cual está compuesta por investigadores y analistas, quienes serán los encargados de diseñar esquemas que permitan recabar información propia y así poder dejar de ser meramente reactivos. Pero esta unidad no sólo elimina la dependencia absoluta de las denuncias de parte, sino que nos permite también diseñar estrategias de investigación en puntos específicos. En conclusión, la Unidad de Investigaciones Especiales demuestra la necesidad de tener equipos técnicos formados no por abogados, sino por investigadores y analistas de distintas ramas de la ciencia.

A pesar de lo antes dicho, esta unidad de investigación ha encontrado problemas en su ejecución, ya que todavía hay quienes no ven lo importante que es contar con analistas que puedan generar investigaciones propias, ello sobre todo desde el ángulo de la corrupción sistémica y organizada. Creo que este es un tema preocupante porque siempre estamos dependiendo de las denuncias de parte y, en consecuencia, las investigaciones se centran solamente en corrupciones individualizadas o aisladas, más no en la lógica de redes de corrupción que es el gran problema que tiene que enfrentarse. Pareciera que muchos quieren ignorar el problema de las organizaciones criminales de corrupción, pero esto existe y requiere combatirse, en primer lugar, desde dentro del Poder Judicial. En esta línea hemos hecho reformas en el ámbito de los procedimientos disciplinarios para que sean mucho más rápidos y ágiles.

Conjuntamente con lo dicho antes, hemos venido incorporando a la sociedad civil a las ODECMAS de las cortes más importantes. En este sentido, se busca adoptar una lógica de fiscales en vez de jueces, en tanto que son ellos los que deben activar el control interno, receptando la sensibilidad de la opinión pública e instando a los órganos propios de control a que dinamicen, reorienten y profundicen su labor de investigación.

A la par del mayor presupuesto, de la creación de la Unidad de Investi-

## **“Se necesita una mayor voluntad institucional de desarrollar políticas públicas que permitan un engranaje perfecto del sistema anti-corrupción”**

gaciones Especiales y de las distintas normas que agilizan el procedimiento de control interno; hemos presentado dos grandes proyectos de ley. El primero de ellos es la Ley de Jueces Contralores, proyecto que buscaba tener jueces cualificados y generar una lógica mucho más especializada en el manejo de las Auditorías Judiciales y de las investigaciones en lineamientos preventivos y represivos de la corrupción interna. Lamentablemente, este proyecto de ley no contó con el número suficiente de votos en el Congreso, habiendo aún ahora una reconsideración pendiente.

El segundo proyecto consistía en la Ley de Facultades Extraordinarias, norma que fue mucho más polémica y que motivó grandes reacciones internas. Esta ley buscaba tener respuestas no tanto disciplinarias sino

de política institucional, de cirugía mayor y de intervención inmediata, a efectos de combatir graves problemas sistémicos vinculados a la ineficiencia y a las redes de corrupción. A la vez, esta norma fue diseñada de manera que dispone una serie de candados para evitar la arbitrariedad. Sin embargo, esta norma ha regresado a la Comisión de Justicia del Congreso, en tanto que hay una serie de puntos que fueron replanteados. En conclusión, tenemos dos proyectos de ley vitales en materia de lucha contra la corrupción interna que están aún pendientes en el Congreso.

En cuando al ámbito administrativo de la esfera gubernamental del Poder Judicial hemos buscado darle transparencia de la mano con una alianza estratégica con la Contraloría y el Órgano de Control Interno, el cual depende ahora de

la Contraloría de la República. De este modo, hemos dado recursos para profundizar en el control preventivo, trabajando conjuntamente con la Contraloría de la República para así evitar cualquier problema. Ello ha permitido tener lineamientos de política de logística que ha llevado a reducir los costos en la adquisiciones; ahorro que ha podido ser reinvertido en las tareas propias de la justicia.

Junto con las adquisiciones, hemos tenido un avance importante en el área de tecnificación, trabajando con los gerentes públicos de los diferentes órganos. Pese a ello, no se puede negar que el gran problema es la magnitud del Poder Judicial y la escasez de recursos para poder acometer tareas de largo calado. Frente a ello, la OCMA tiene una lógica de trabajo que le permite

crear programas importantes de actividad investigativa y de intervención que se centran en determinados ámbitos contextuales. Por ejemplo, se puede recordar las experiencias de los tragamonedas, de las medidas cautelares en el ámbito pesquero, de las liberaciones en los establecimientos penitenciarios en el ámbito penal, los temas de habeas corpus irregulares, entre muchos otros.

En esta medida, el protocolo de actuación de la OCMA ha ido modernizándose de acuerdo con las principales tendencias de Auditoría Judicial, sobre todo en materia de detección de focos problemáticos que permiten luego trabajar con lineamientos de investigación y de inspección de Tribunales de Órganos Judiciales. Todo ello ha permitido un trabajo mucho más serio y consistente. No obstante, la dimensión del propio Poder Judicial es tan grande que se vuelve muy complicado desarrollar pautas de investigación e inspección. Por tanto, es necesario ir dando mayor poder, consistencia y organización a las ODECMAS.

**Teniendo en cuenta que el delito de enriquecimiento ilícito ha sido herramienta importante para combatir el encubrimiento de las huellas y rastros de la corrupción. ¿Cuál es el procedimiento de fiscalización de los ingresos y egresos económicos de los magistrados y de los demás funcionarios jurisdiccionales?**

En relación a las declaraciones juradas de ingresos, bienes y rentas, la OCMA es la encargada de hacer la fiscalización sobre los magistrados, mientras que la OSCE (Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado) lo hará sobre los funcionarios administrativos.

Por otro lado, en relación a las pes-

quisas realizadas sobre los signos de enriquecimiento de los magistrados, si bien la OCMA tiene un control muy relativo frente a los magistrados, el órgano competente es la Contraloría General de la República. Esta entidad descentralizada se encarga de realizar controles selectivos y focalizados. Una vez identificada una inconsistencia en el patrimonio de un magistrado, se le solicita una aclaración. Si la inconsistencia adquiere relevancia penal, ya tendría que verlo la Fiscalía de la Nación, que es el órgano



fiscal que tiene la competencia exclusiva y excluyente.

**Si bien la transparencia permite que la sociedad civil pueda tener conocimiento del desarrollo de las investigaciones de los actos de corrupción, aún existe una cultura del secretismo en muchos órganos jurisdiccionales, en especial los que trabajan aún con el Código de Procedimientos Penales. ¿Qué opina sobre las solicitudes de piezas procesales que hace un ciudadano, que no tiene vínculo directo al proceso, para conocer el desarro-**

**llo de una investigación penal por corrupción? ¿Ello implicaría una intromisión de la sociedad civil en el poder jurisdiccional?**

En mi opinión no representa intromisión alguna en la potestad jurisdiccional, en tanto que si la Constitución garantiza el derecho de crítica tienen que permitirse las condiciones para que ésta pueda darse. ¿Cuál es la condición o pre-requisito principal del derecho a crítica? El conocimiento de las decisiones, el cual tiene que ser

expresado bajo canales que hagan de la primacía de la publicidad el eje central de la actividad judicial. En este punto se pueden identificar dos niveles de análisis. Por un lado, el Poder Judicial tiene en su página web la “Consulta de Expedientes Judiciales SUPREMO”, soporte virtual que tiene una lógica amigable que permite a la sociedad civil identificar donde está la causa y otorga la posibilidad de imprimir la ejecutoria suprema de forma simple. El segundo nivel de análisis esta en determinar en qué medi-

da las resoluciones interlocutorias pueden ser entregadas a cualquier persona. Para responder esto se requiere de una ponderación que tome en cuenta, para ciertos casos, la primacía de algunos intereses de la justicia o intereses del Estado supremos.

Sin perjuicio de esto, no se puede negar que varios funcionarios públicos en general han hecho de la reserva de información una suerte de pilar de la administración pública, ello a pesar de que éste es un concepto pre – constitucional sin fundamento. En este sentido hay que trabajar todo un lineamiento sobre esta práctica problemática, más aún si tiene en cuenta que en un proceso que tiene como lógica la oralidad, concentración, y, sobre todo, la intermediación, no cabe la reserva de información no razonable. Ello en tanto que la publicidad permite hacer visible el respeto de estos tres principios. En esta medida, no sólo se necesita el uso de grabaciones audiovisuales, sino que éstas se entreguen al público y se cuelguen en el ciberespacio. Esto a su vez trae como consecuencia una línea muy grande de inversiones que permita esta lógica de publicidad y transparencia.

Tomando en cuenta estos problemas, desde el año pasado se ha podido comenzar a consolidar la ampliación de nuestro data center que ahora tiene un poder de base de datos muy grande. A ello se suma el trabajo con softwares, medidas que toman tiempo y dinero que lamentablemente el Poder Judicial no tiene en estos momentos. A pesar de ello, se tiene que admitir que es una

línea de trabajo que necesita mucho fortalecimiento.

**Actualmente se puede observar que los índices de percepción revelan desconfianza en el Poder Judicial como órgano de persecución de la criminalidad en general y de la corrupción en particular. ¿Donde cree que yacen estos problemas en la lucha contra la corrupción externa? ¿Qué mecanismos se necesitarían para fortalecer la sanción de la corrupción desde el Poder Judicial?**

En primer lugar se debe señalar que la persecución procesal de la corrupción no es un tema exclusivo del Poder Judicial, que, si bien es el órgano central del sistema de corrupción, actúa conjuntamente con otros órganos estatales. En esta medida, la investigación y procesamiento de los actos de corrupción inicia básicamente con las labores de la Contraloría de la República y luego continúa con la intervención del Ministerio Público y la Poli-

luntad institucional de desarrollar políticas públicas que permitan un engranaje perfecto del sistema anticorrupción.

Otro punto importante que no se puede ignorar es que los delitos de corrupción, especialmente los grandes actos de corrupción, son encubiertos y se mantienen muchas veces en la clandestinidad. Así, estos ilícitos penales sólo pueden ser descubiertos, salvo los supuestos de flagrancia y actividad de investigación previa, de lógicas de auditoría gubernamental, análisis de cuentas sumamente complejas que demoran mucho tiempo. En conclusión, se debe tomar en cuenta que un delito de corrupción no es como un delito de sangre, sino que presentan diversos problemas que ralentizan mucho el proceso. Ello no se limita a los problemas probatorios, sino también las diversas prerrogativas constitucionales que tienen algunos funcionarios públicos.

**“Todavía hay quienes no ven lo importante que es contar con analistas que puedan generar investigaciones propias, ello sobre todo desde el ángulo de la corrupción sistémica y organizada.”**

cia Nacional. Es sólo a partir del trabajo de estos dos últimos entes estatales que las causas pueden ser procesadas y juzgadas en el Poder Judicial. El problema es que, a pesar de los denodados esfuerzos que se vienen haciendo desde la Comisión de Alto Nivel contra la Corrupción, pareciera se necesita una mayor vo-

**¿Resultan útiles los nuevos plazos de investigación desarrollados por el Nuevo Código Procesal Penal? ¿Cómo se puede enfrentar los problemas probatorios y de investigación que genera la complejidad de los delitos de corrupción?**

Creo que el tema de los plazos cortos en el Nuevo Código Procesal Penal constituye una gran error, en la medida en que no se puede paramestrar de esa forma investigaciones altamente complejas que por lo general demoran dos o tres años en el resto del mundo. Más aún, tampoco es lícito decir que se esta violando el plazo razonable, en tanto que el derecho al plazo razonable empieza desde la inculpación, y aquí estamos frente investigaciones

preventivas. Lo que se requiere es aprender a trabajar bajo moldes nuevos de investigación, elemento indispensable necesario para una mejor valoración de la actividad de los jueces. A pesar de ello, hay problemas de tiempo y de comprensión de las normas que provoca la demora de las investigaciones. Ello se debe también a la falta de estructuración de los sistemas de apoyo del Poder Judicial. De esta forma, no se cuenta con un sistema de peritos fuerte y propio que evite que las partes paguen a los peritos y las demás lógicas periciales corruptas. Ahora bien, este problema se ha paliado en parte con dos iniciativas: el Convenio Interinstitucional entre el Poder Judicial y el Ministerio Público; y la creación del Cuerpo de Peritos Especializados.

En relación al Convenio Interinsti-

tucional con el Ministerio Público se debe decir que es la primera vez que se ha podido sistematizar las lógicas de apoyo entre el Poder Judicial, la Fiscalía y la Contraloría de la República. Desde mi perspectiva, es un avance de gran importancia si se toma en cuenta que la Contraloría ha podido generar una lógica de auditores forenses especialistas en investigación criminal, supuesto que no existía y que se pudo realizar con la colaboración del Fiscal de la Nación Dr. José Antonio Peláez Bardales y con el Contralor General de la República Fuad Khuri. Este trabajo inició hace ya seis meses, materializándose en investigaciones recientes y un protocolo coherente y correcto.

También se tiene que tomar en cuenta que existía una tendencia procesal irregular que estimaba que

los informes especiales de Contraloría merecían a su vez una corroboración con una pericial contable. Esto es completamente absurdo, ya que los informes especiales, al ser auditorías de cuentas, son por sí mismos pericias institucionales. En esta medida, se puede citar, desde los distintos niveles, a los auditores gubernamentales para que expliquen el razonamiento y las conclusiones de un informe especial. Frente a esto, la parte que quiera cuestionar el informe especial podrá llamar a su perito, ello en tanto que no estemos un supuesto que se inicia sin concurso de la Contraloría. En tal sentido, la Contraloría de la República te da los peritos, siendo un supuesto muy parecido lo que ocurre en España con la agencia tributaria.

En relación al segundo eje, el Poder



Judicial ha logrado, con el apoyo de la Sección Antinarcoóticos de los Estados Unidos y del gobierno norteamericano, la formación de un cuerpo especial de peritos propios, homologado al que cuerpo de peritos de la Sala Penal Nacional. Ello sobre todo para las investigaciones de lavado de activo y otros delitos complejos que requieren de una auditoría de cuentas que no necesariamente esté vinculada con la labor de la Contraloría General de la República. Para ello el Poder Judicial ha financiado la capacitación de este cuerpo especializado que forma ahora parte de la Corte Suprema de forma que el Presidente del Poder Judicial puede destruirlos de acuerdo a la necesidad de servicio.

Ahora bien, los jueces deben comprender que los juicios no son investigaciones complementarias, sino que simplemente consisten en confirmar las proposiciones de hecho de las partes. En esta medida un juicio tiene que estar irradiado por los principios de concentración y celeridad. Para ello se establecieron en los acuerdos plenarios una etapa intermedia con controles jurisdiccionales mucho más específicos. En consecuencia, no hay razón para que un juicio demore mucho, ya que no hay motivo para hacer pruebas adicionales. Aquí es necesario tener en cuenta que las pericias, por su propia naturaleza, son generalmente pre – procesales o sumariales, por lo que no tiene por qué realizarse en el juicio. Más aún cuando estamos frente a una pericia institucional que son las que más tiempo demoran.

 Esta entrevista continuará en el siguiente número del Boletín Anticorrupción

## FRASES PARA EL OLVIDO

### “La plata llega sola”

Frase supuestamente dicha por el ex Presidente Alan García al escritor Jaime Bayly cuando éste le preguntó cuánto ganaba de presidente y si le alcanzaba para vivir. García habría respondido “**No seas coj... ¡la plata llega sola!**”, haciendo alusión a que recibe dinero subrepticamente.

Fuente: <http://peru21.pe>



© Inrapublica.pe

### “No se puede hablar de cárcel dorada”



© Inrapublica.pe

Frase dicha por Kenji Fujimori al tratar de defender a su padre con un croquis de la DIROES. Kenji intentaba demostrar que Fujimori tiene solo 14 metros cuadrados para vivir. Sin embargo, el propio congresista explicó que su padre utiliza varios ambientes más, ocupando en total, 800 metros cuadrados. Pero no, definitivamente para Kenji ello no conforma una cárcel de oro para un ex presidente condenado por crímenes de lesa humanidad y delitos graves de corrupción.

Fuente: <http://www.larepublica.pe>

### “Los vehículos oficiales no tienen que pagar multas de tránsito”

Lo señaló el entonces, Director de la Policía Nacional del Perú, Raúl Salazar, ante el hecho de que los vehículos oficiales deben más de 136 mil soles. Salazar justificó que dichas multas no deberían ser pagadas pues “**atentarían contra los intereses nacionales**”.

Fuente: <http://peru21.pe>



© elcomercio.pe

### “He donado unos 100 mil soles para el Cristo del Pacífico [...] Obviamente había 100 mil soles en mis cuentas”

Declaración realizada por el ex Presidente Alan García respecto de cómo se financió la construcción del Cristo del Pacífico.

Fuente: <http://elcomercio.pe>



© lamula.pe

### “Juro por Dios y por la plata”

Frase dicha inicialmente por el ex congresista Gerardo Cruz Saavedra en el año 2000 cuando juramentaba. Lo curioso es que dicha frase ha sido repetida en posteriores ocasiones. Por ejemplo, en diciembre de 2010, el teniente alcalde de Pocollay, Tacna, juramentó a su cargo edil diciendo la misma frase y generando inicialmente algunas risas de los asistentes pero luego, evidentemente, la indignación de muchos.

Fuente: <http://www.pachamamaradio.org>



## Caso de los ex ministros Baca Campodónico, Camet Dickman y otros

Por **RICARDO SANTAYANA SÁNCHEZ**  
*Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP*

El día 05 de Diciembre del 2012, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, conformada por los magistrados Víctor Prado Saldarriaga (presidente), Hugo Príncipe Trujillo y Héctor Wilfredo Ponce de Mier, emitió sentencia sobre el caso Camet Dickmann y otros, por delito de colusión cometido con ocasión de la adquisición de material bélico por parte del Estado. En dicha sentencia se condenó al ex ministro de Estado César Saucedo Sánchez a cinco años de pena efectiva y a los ex ministros Alberto Pandolfi Arbulú y Jorge Baca Campodónico a cuatro años de pena privativa de libertad con el carácter de suspendida por el delito de colusión en agravio del Estado. Al procesado Camet Dickmann se le reservó el juzgamiento<sup>1</sup>.

Por otro lado, los procesados Pandolfi, Baca y Saucedo fueron condenados por la Sala en calidad de cómplices primarios<sup>2</sup>, señalando que, si bien infringieron sus deberes de lealtad institucional y probidad funcional y efectuaron un aporte necesario y esencial para defraudar al Estado dentro de la concertación,



**Jorge Baca Campodónico es sentenciado a cuatro años de cárcel.**

no se hallaron en idéntica posición de vinculación funcional con relación a las negociaciones o contrataciones, por lo que se descarta una posible coautoría. Asimismo, los funcionarios en el caso particular, según señala la Sala, carecen de la vinculación especial que exige el tipo penal, constituyéndose más bien como *extraneus relativos*<sup>3</sup>, razón por la cual solo podrían responder como partícipes.

A continuación, los extractos más relevantes de la sentencia referidos a los temas centrales a ser desarrollados en el presente comentario.

Sobre el grado de participación a nivel de complicidad primaria:

*“En efecto, para determinar el grado de responsabilidad que le alcanza a los procesados respecto del delito de colusión ilegal, debemos partir afirmando que sólo los funcionarios o servidores públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial pueden ser sujetos activos, es decir, no puede ser autor cualquier funcionario o servidor público que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo penal exige, pues de lo contrario, sus aportes serán en todo caso de complicidad o asumirán irrelevancia. Es así que el delito de colusión desleal es uno de aquellos ilícitos*

<sup>1</sup> La reserva de juzgamiento se produjo por motivos de salud del acusado. El Tribunal consideró que el procesado Camet Dickmann no había podido ejercer su defensa ni tampoco responder a los cargos imputados, limitándose a los argumentos esgrimidos por su defensa.

<sup>2</sup> EXP. N° 27 - 2003 - AV, pp. 163-165

<sup>3</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta edición, Grijley: Lima, 2007, p. 195

tos penales en los cuales la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia del delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito –esto es, intervengan en las negociaciones y operaciones contractuales- por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial.

En otras palabras, se puede actuar como autor o en coautoría siempre que para este segundo título de imputación, los funcionarios se hallen colocados en idéntica posición de vinculación funcional con relación a las negociaciones o contrataciones en razón del cargo o comisión especial; por lo que la presencia de otros funcionarios que se hallen al margen de tal nexo, no legitima la coautoría.

En el caso *sub judice*, se advierte que si bien se encuentra acreditado que los procesados intervinieron activa y directamente en la expedición de los decretos de urgencia de carácter secreto que permitió obtener comisiones ilegales en la compra (...), ésta conducta no puede ser atribuida en calidad de autoría pues si bien los procesados tenían la calidad de funcionarios públicos, en este delito de infracción de deber carecen de la vinculación especial que exige el tipo penal para ser autor o coautor, por lo cual sólo responderán a nivel de complicidad.

En consecuencia, estamos frente a lo que la doctrina nacional denomina “*extraneus impropio o relativo*”, pues si bien los encausados en su condición de Ministros de Estado se encontraban vinculados con la Administración Pública con relación a la cual tenían deberes de lealtad institucional y probidad funcional, dadas las particula-

res exigencias del tipo penal de colusión que restringe la autoría, la calidad de funcionario público no le es suficiente para ser un obligado especial, esto es, para ser sujeto activo del delito –y pueda responder como autor o coautor- al carecer de los componentes normativos que el tipo penal comunica expresamente, por lo que al ser considerado como “un extraño relativo” al reducido círculo de autores del delito específico, sus actos ilícitos sólo pueden ser sancionados a nivel de complicidad.”

Sobre la prueba trasladada<sup>4</sup>:

“Antes de arribar propiamente a lo que será materia de análisis, debemos manifestar que este Tribunal de Juzgamiento mantiene vigente la declaración de Vladimiro Montesinos Torres rendida en otro proceso, por lo que se desarrollará su importancia teniendo en cuenta que se trata de una **prueba trasladada**.



**Al procesado Camet Dickmann se le reservó el juzgamiento.**

<sup>4</sup> EXP. N° 27 – 2003 – AV, pp. 109-112

Así la declaración de Vladimiro Montesinos Torres es de singular importancia porque relata el conocimiento personal que ha tenido acerca de los hechos que han realizado otras personas y que ha captado por medio de su intervención, por lo que cobra relevancia para generar convicción y establecer la participación de los agentes en el hecho delictivo. No obstante, se debe precisar que ésta prueba – es decir, la declaración instructiva de Vladimiro Montesinos – no se recabó en este juicio oral, sino proviene del rendido en el Quinto Juzgado Penal Especial donde se acogió a la confesión sincera y fue sentenciado, condena que quedó posteriormente debidamente consentida. Es así que nuestro ordenamiento penal para este tipo de situaciones ha considerado a la “prueba trasladada” como un mecanismo de complementación probatoria, recurriendo a la prueba que obra en otro proceso, obviamente simultáneo o anterior con las formalidades legales.

El jurista JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ<sup>5</sup> sostiene que para la eficacia probatoria de la prueba trasladada, se requiere que dichas pruebas hayan sido practicadas válidamente en el proceso de donde se petitiona su traslado, es decir, que se hayan adjuntado o allegado con la plenitud de las formalidades, que para el medio específico consagra la ley.

(...) Claro está que este tipo de prueba tiene que reunir ciertos requisitos para que cuente con valor y fuerza acreditativa: i) debe ser practicada válidamen-



**El exministro de Defensa del régimen fujimorista César Saucedo Sánchez fue condenado a cinco años de pena efectiva.**

te al interior del proceso penal; ii) asimismo, su traslado al segundo proceso debe ser pedido y solicitado en tiempo oportuno; y iii) la declaración o documento trasladado debe constar en copia autenticada. Para el caso sub judice, se advierte que todas estas exigencias han sido cumplidas, en tanto que se trata de una declaración brindada por Vladimiro Montesinos Torres cuando fue procesado y sancionado por los mismos hechos ante el Quinto Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima recaído en el Expediente número once guion dos mil uno, documento que fue solicitado oportunamente por el Tribunal de Juzgamiento del anterior juicio oral, el mismo que se encuentra en copia certificada y forma parte del expediente principal del presente proceso obrante a fojas treinta y cuatro seiscientos cuarenta y uno. Por otro lado, se debe precisar que los requisitos legales de la prueba trasladada se configuran o califican en función del proceso fuente, esto es, del que se obtendrá la actuación probatoria para incorporarla al proceso en curso. Por tanto,

desde el proceso fuente, por imperio de la norma analizada, deben calificarse las actuaciones que podrán ser aportadas; lo cual en el presente caso también ha sido cumplido. En consecuencia, aquello que puede calificarse de testimonial, se determina en función del proceso fuente y no del proceso receptor. Ello supone acreditar la existencia de un motivo razonable que impida la actuación de prueba en el proceso receptor. Tal límite tendría como fundamento que la declaración de un testigo no compareciera al acto del juicio oral impediría al Tribunal de Juzgamiento escuchar y ver, conforme al principio de inmediación, y a las partes, someterlas a la pertinente contradicción. Este motivo razonable también se cumplió, pese a que en el juicio anterior Montesinos Torres en su calidad de “testigo impropio” se acogió a su derecho a guardar silencio, y si bien en el presente juicio oral no fue ofrecido como testigo por ninguna de las partes, sin embargo por Ejecutoria Suprema signada como Recurso de Nulidad número tres mil seiscientos cuarenta y uno guion dos mil

<sup>5</sup> RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. *La prueba documental*. 8va edición. Señal Editora: Medellín, p. 380.

once, se dejó vigente la declaración de Montesinos Torres, lo que nos permite concluir que esta prueba incorporada en el presente proceso alcanza valor probatorio.”

Sobre la reserva de juzgamiento:

*En primer término resulta importante destacar que esta Sala de Juzgamiento fue conformada en mérito a lo ordenado por el Tribunal Constitucional con fecha veintiséis de junio de dos mil doce, en la cual - respecto a la situación jurídica del accionante Jorge Camet Dickmann- se ordenó que se otorgue preferencia inmediata en la tramitación del proceso seguido en su contra por delito de colusión en un plazo no menor a noventa días.*

*Iniciado el juicio oral, este Colegiado dio cuenta de la asistencia y comportamiento del procesado Camet Dickmann, quien durante el desarrollo del presente juicio oral concurrió puntualmente a cada una de las sesiones que señaló este Tribunal de Juzgamiento hasta que en la sesión de fecha tres de septiembre de dos mil doce su abogado defensor dio cuenta que precisamente al concurrir a la Sala de Audiencias sufrió un accidente por lo que tuvo que ser internado en una Clínica.*

*Las lesiones sufridas por el encausado Camet Dickmann obran en autos por lo que este Tribunal de Juzgamiento dispuso continuar con las audiencias consecutivas y dispensar su concurrencia hasta que su salud mejore, sin embargo, eso*

*no sucedió puesto que se recabó el Certificado Médico legal e Informe de la Clínica donde se dio cuenta que el procesado Camet Dickmann se encontraba con la salud deteriorada y no era posible su concurrencia por lo que se consideró no dictar ninguna medida contra su libertad personal.*

Sobre la determinación judicial de la pena<sup>6</sup>:

*“[...] La determinación judicial de la pena corresponde hacerla al órgano jurisdiccional debido a que la conminación abstracta que tiene la pena en la ley se expresa, generalmente, en magnitudes abiertas o semiabiertas donde sólo se asigna a aque-*



**El exministro de Alberto Pandolfi Arbulú**

*Finalmente, este procesado no ha sido escuchado por este Tribunal y no ha podido responder a los cargos ni ejercer su defensa, así como tampoco ha hecho uso del derecho a la prueba en los debates orales, limitándose a los argumentos esgrimidos por su defensa técnica, por lo que deviene que en la presente causa se le reserve su juzgamiento.*

*lla una extensión mínima o máxima. En el caso de nuestra legislación pena esa es la técnica legislativa utilizada. Al respecto, el séptimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República ha precisado lo siguiente: “Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea fun-*

<sup>6</sup> EXP. N° 27 - 2003 - AV, pp. 165-169

cional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (...), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales

[...] La determinación judicial de la pena se estructura y desarrolla sobre la base de etapas o fases. Tradicionalmente la doctrina y la legislación han identificado en este procedimiento dos etapas secuenciales: i) En la primera etapa se deben definir los límites de la pena o penas aplicables. Esto quiere decir que se trata de la identificación de la pena básica, en cuya virtud corresponde establecer un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final; y ii) En la segunda etapa se debe identificar la pena concreta dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que es-

tán presentes en el caso. Estas circunstancias son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, cuya esencia permanece intacta. Es decir, posibilitan apreciar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita –antijuricidad del hecho- o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta –culpabilidad del agente-, permitiendo de este modo ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe.”

Sobre la reparación civil:

Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ –lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es

distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos. iii) Desde esta perspectiva, el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto: (1) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial-; cuanto (2) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales –no patrimoniales- tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas.

## COMENTARIO

### Sobre el delito de colusión desleal

El delito de colusión, regulado por nuestro código penal en su artículo 384, exige que este debe darse dentro del marco de un procedimiento de contratación estatal de bienes o servicios, ya que se estaría atentando contra el patrimonio administrado por la Administración Pública. Así, según señala Manuel Abanto<sup>7</sup>, sería suficiente que un funcionario público intervenga en las diversas formas de contratación administrativa en defensa del interés público y no solamente en la concreción de un contrato. De igual manera, la Sala<sup>8</sup> señala que el delito en cuestión viene a ser un delito de infracción de deber, cuyo bien jurídico protegido se delimita en fun-



<sup>7</sup> ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra: Lima, 2003,

<sup>8</sup> EXP. N° 27 – 2003 – AV, p. 151

ción a lo expuesto por el profesor Fidel Rojas<sup>9</sup>, esto es

*i) Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios o servidores públicos que trasgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado. (...); ii) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; y iii) Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales –funcionarios y servidores públicos especialmente vinculados–.*

La fase en la que se habría dado la supuesta participación de los ex ministros habría sido la etapa de liquidación (aún en fase ejecutiva) de las adquisiciones de material bélico. Según el profesor Fidel Rojas Vargas<sup>10</sup>, dicha etapa se refiere a la culminación de los contratos celebrados entre el Estado y los interesados. De igual manera, la Sala<sup>11</sup> hace bien en precisar que por el término contrato –en atención a la fórmula del tipo penal– no ha de entenderse el concepto limitado de documento tangible que contiene el acuerdo de voluntades entre el funcionario y el particular. En ese sen-



tido, la contratación estatal refiere a un concepto más amplio. Como señala José Luis Castillo Alva<sup>12</sup>, la ley alude a los procesos de contratación público-administrativa en donde una de las partes es una entidad pública que gestiona la prestación o contraprestación de un bien o servicio. En esa misma línea, el profesor Abanto<sup>13</sup> señala que cuando la norma alude a contratos, estaría refiriéndose a procesos de competencia reglados y taxativos de los que va a surgir un procedimiento de contratación entre el Estado y el ganador de la buena pro.

Seguidamente, dentro del análisis de hechos de la sentencia, es necesario hacer énfasis en lo que se entiende por concertación en el caso de autos. Según lo ha expresado la Corte Suprema dentro de su desarrollo jurisprudencial<sup>14</sup>, la concertación implicaría ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la Ley, lo cual determinaría un

alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa. Asimismo, como señala el profesor Salinas Siccha<sup>15</sup>, la concertación del agente público con los interesados implicaría un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Esta concertación, como señala el profesor Abanto<sup>16</sup>, solo podría llevarse a cabo mediante actos comisivos.

En definitiva, y como bien señala la Sala<sup>17</sup>, es necesario incidir en que la concertación se constituye como elemento central dentro del delito de colusión, toda vez que esta conducta sería el único medio a través del cual sea posible vulnerar los intereses económicos del Estado.

### **Sobre la aplicación de la ley penal en el tiempo**

Según tiene en consideración la

<sup>9</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta edición, Grijley: Lima, 2007, p. 407

<sup>10</sup> *Idem*, p. 421

<sup>11</sup> EXP. N° 27 – 2003 – AV, p. 153

<sup>12</sup> GARCÍA CAVERO, Percy y José Luis CASTILLO ALVA. *El Delito de Colusión*. Grijley: Lima, 2008, p. 160

<sup>13</sup> ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 312

<sup>14</sup> R.N N° 1296-2007-Lima, p. 40

<sup>15</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*, Grijley, 2da. Edición, 2011, p. 257

<sup>16</sup> ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 264

<sup>17</sup> EXP. N° 27 – 2003 – AV, pp. 158-159

doctrina nacional<sup>18</sup>, cabría aplicar la ley más favorable a un momento diferente de su vigencia en dos situaciones: i) cuando el hecho fuese cometido durante la vigencia de una ley y luego entrase en vigencia otra más benigna que se aplicaría retroactivamente por ser más favorable al imputado y ii) cuando el hecho fuese cometido durante la vigencia de una antigua ley, la misma que a pesar de estar derogada se aplicaría al caso de manera ultratractiva por ser la más favorable.

En ese sentido la Sala opta por la aplicación del tipo penal correspondiente a la modalidad básica de la reciente modificación del tipo penal del delito de colusión. Según señala el tipo, la pena conminada va desde los 3 años hasta los 6 años de pena privativa de libertad, en los supuestos que se lleve a cabo el acuerdo colusorio y no se genere un perjuicio patrimonial al Estado. Sobre esto cabe señalar que si bien dentro del desarrollo del proceso el perjuicio se ha tenido como sobrentendido, la Sala señaló que dentro de la acusación fiscal no se habría hecho referencia a la existencia de un perjuicio patrimonial ni que tampoco se habría llegado a hablar de una cuantía exacta de afectación a las arcas del Estado.

### **Sobre la autoría en el caso de autos**

A efectos de la de la determinación del grado de responsabilidad en el presente caso, la Sala tiene trae a consideración que respecto del delito de colusión ilegal solo los funcionarios que actúen a razón de su cargo o por comisión especial

podrán ser sujetos activos. Con esta idea se descartaría la posible intervención como autor de cualquier funcionario que carezca de las facultades específicas de decisión. Dichas potestades, según entiende la Sala habrán de estar estrictamente vinculadas a la intervención en las negociaciones y operaciones contractuales<sup>19</sup>. Además, reitera que para poder calificar la conducta delictiva como coautoría, los funcionarios tendrían que haberse hallado en idéntica posición de vinculación funcional con relación a las negociaciones o contrataciones en razón del cargo o comisión especial.

Sin embargo, en atención a lo señalado por el profesor Salinas Siccha<sup>20</sup>, podríamos entender el actuar en razón del cargo a la situación en la cual el agente se aprovecha en su beneficio de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o cualquier operación afín a cargo del Estado.

Es así que podría señalarse que en el caso concreto, los ex Ministros tomaron especial ventaja de las potestades propias de sus cargos al haber suscrito los decretos de urgencia –necesarios como paso previo– que permitieron la posterior adquisición irregular del material bélico. De esta manera, los ex ministros que actuaron en razón del cargo habrían vulnerado el especial deber jurídico intensificado que ostentan<sup>21</sup>, el cual se centraría en proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares o con personas jurídicas,

vigilando los acuerdos más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la cual representan.

Por otro lado, el poder de decisión sobre la actuación criminal y posterior división de funciones se haría evidente con lo señalado en los testimonios vertidos por Vladimiro Montesinos, Matilde Pinchi Pinchi, Luis Duthurburu y Alberto Venero (los cuales también debieran haberse incorporado como prueba trasladada en el presente proceso) Es necesario decir, también, que la iniciativa para llevar a cabo el hecho punible habría surgido de Alberto Fujimori cuando, según lo señalado, dispuso que Camet Dickmann viaje a Bielorrusia con el fin de lograr una rebaja en el precio de los aviones a ser adquiridos por el Estado peruano. Además de esto, y según consta por lo declarado por Montesinos, luego de los hechos del 5 de Abril de 1992, el ex presidente Fujimori, luego de tomar conocimiento de que la compra de armas generaba grandes comisiones, señaló que trataría dicho tema con los Ministros de Estado para así trasladar los fondos de la privatización (los cuales fueron utilizados para la compra de armamento) a un “fondo de contingencia” que permitiese prolongar su estadía en el cargo<sup>22</sup>.

De igual manera y en coincidencia con lo señalado en la sentencia original de primera instancia<sup>23</sup>, considero que los ex Ministros habrían tenido dominio total del hecho que devino en la afectación al patrimonio del Estado mediante la concretización del acuerdo colusorio.

<sup>18</sup> CARO JOHN, José Antonio. *Normativísimo e imputación jurídica penal*. Ara Editores: Lima, 2010, p. 289

<sup>19</sup> Cfr. EXP. N° 27 – 2003 – AV, p. 164

<sup>20</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 255

<sup>21</sup> GARCÍA CAVERO, Percy y José CASTILLO ALVA. *Op. cit.*, p. 87

<sup>22</sup> Cfr. EXP. N° 27 – 2003 – AV (Sentencia original de primera instancia) p. 95 Texto disponible en: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruptcion/jurisprudencia/sentencia\\_caso\\_baca\\_campodonico\\_camet\\_y\\_otros-exp-av-27-2003.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruptcion/jurisprudencia/sentencia_caso_baca_campodonico_camet_y_otros-exp-av-27-2003.pdf)

<sup>23</sup> Cfr. EXP. N° 27 – 2003 – AV (sentencia original de primera instancia)

Como señala Enrique Bacigalupo –y como se cita en la sentencia en cuestión–, cada uno de los coautores habría tenido en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo<sup>24</sup>. Asimismo, considero que, el tratamiento y las consideraciones llevados a cabo por la Sala conformada en la sentencia en cuestión a propósito de la coautoría serían correctos y debieran servir de base para una valoración distinta de la conducta de los procesados. Cabe señalar que, si bien durante la exposición de los fundamentos de derecho dicha Sala aporta conceptos claves que permitirían dilucidar una coautoría, finalmente falla imputando responsabilidad a los ex Ministros por autoría simultánea, no habiendo descartado la primera consideración bajo ninguna clase de parámetros y, hasta ese momento, habiendo llevado juicios adecuados que le hubieran permitido perfectamente sentenciar a los procesados en calidad de coautores.

### Sobre la valoración probatoria

Dentro del desarrollo del proceso, la Sala trajo a consideración una declaración previa de Vladimiro Montesinos, la cual fue rendida en un proceso distinto. Dicha testimo-

nia se constituiría como una prueba trasladada.

El art. 261 del código de procedimientos penales refiere que

*“Las pruebas admitidas y practicadas ante un Juez o Sala Penal podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Sin necesidad de que concurren tales motivos, podrán utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial.”*

De igual manera, el Tribunal Constitucional<sup>25</sup> señala que la admisión de la prueba trasladada precisa de algunos criterios para evitar vicios en su aplicación. Estos harían referencia a que, en primer lugar, el medio probatorio deba ser incorporado al proceso de modo que se garanticen las garantías procesales establecidas en la Constitución, entre ellas las relacionadas al derecho de contradicción y defensa; por otro lado, también se habrá

de tener en cuenta el art. 283 del código de procedimientos penales, en atención al cual se tiene que el valor probatorio del testimonio en cuestión dependerá estrictamente de la evaluación llevada a cabo por el juez.

Es importante señalar que este tipo de prueba ya había sido utilizada y debidamente valorada por la Sala de primera instancia: el testimonio incriminatorio de Vladimiro Montesinos –donde se hacía evidente el conocimiento e intervención en los hechos del presente caso– fue trasladado y valorado como prueba a partir de la declaración vertida en un proceso penal paralelo, ya concluido por terminación anticipada. Dicha testimonial, como bien precisó la Sala de primera instancia, cumplió en su momento con todos los requisitos exigidos por el art. 262 del Código de Procedimientos Penales. De igual manera, en el proceso a los ex ministros –ya en segunda instancia–, Vladimiro Montesinos, en vez de contradecir lo que había señalado previamente, optó por guardar silencio<sup>26</sup>. También se hace necesario indicar que la prueba testimonial obtenida, a pesar de no tener origen de la participación de los declarantes en el presente proceso como coimputados, logra superar satisfactoriamente el test de suficiencia exigible, descartándose como paso previo cualquier ánimo de autoexculpación u otros factores que invalidarían por un criterio meramente subjetivo la declaración vertida<sup>27</sup>.

### Sobre la determinación judicial de la pena

Según el profesor Víctor Prado<sup>28</sup>, la



<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional - EXP. N.º 00012-2008-PI/TC <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00012-2008-AI.html>> Fecha de consulta: 28/02/13

<sup>25</sup> Exp. N.º A.V. 27-2003 (sentencia de segunda instancia) pp. 81-82

<sup>26</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba en el proceso penal acusatorio. Jurista: Lima, 2012, pp. 121-122

<sup>27</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios. IDEMSA: Lima, 2010, p.130

<sup>28</sup> Cfr. Art. 45 y ss. del Código penal

determinación judicial de la pena tiene como función el identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar a los autores o partícipes culpables de un delito. En esa misma línea, con la definición vertida se alude a la actividad desarrollada por el operador jurisdiccional para identificar la sanción a imponer. Dicho procedimiento, como bien ha señalado la Sala, habrá de desarrollarse en etapas o fases, siendo la primera de estas la relacionada a la identificación de la pena básica, en base a la cual se establecerá un mínimo y un máximo de pena abstracta. En la segunda etapa se identificará la pena concreta a aplicar, esto en base a la valoración y presencia de circunstancias<sup>29</sup> particulares en el caso concreto.

Para el caso concreto, la Sala se decantó por la aplicación de una pena suspendida para los implicados –a excepción del procesado Saucedo Sánchez–, a pesar de que la pena abstracta se ubicó en el rango de los 3 a 6 años de pena privativa de libertad<sup>30</sup>. Sobre esta consideración, considero que la Sala lleva a cabo una errónea determinación de la pena a ser impuesta, debiendo haber valorado de una manera más estricta las circunstancias genéricas contenidas en el art. 46 del código penal, específicamente las referidas a la importancia de los deberes in-

fringidos, la extensión del daño y las condiciones personales de los agentes. Es así que es menester poner énfasis en el especial deber de protección que poseían los ex ministros, tanto así que ellos son los garantes de una especial situación de vulnerabilidad del bien jurídico, donde los únicos que podrían acceder a la situación donde estos se vean afectados serían únicamente ellos mismos. Tomando lo señalado por el profesor Yvan Montoya<sup>31</sup>, se podría señalar que en estos casos existiría una elevada y directa posibilidad de hacerle daño al bien jurídico por el acceso en particular que tuvieron los sujetos en cuestión. A esto se añadiría la consideración referida a la posición especial que ocupaban los agentes que perpetraron el hecho delictivo siendo ellos los únicos con acceso y posibilidad de afectarlo de la manera como se hizo.

Finalmente, cabe señalar que, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción<sup>32</sup> la adopción de este tipo de medidas (aplicación de penas privativas de libertad no efectivas) deberían ser residuales o bastantes excepcionales, para no generarse así una sensación de impunidad, especialmente en aquellos delitos que significaron una grave afectación al erario público –tal como ocurre en el caso concreto– y, sobre

todo, por haberse tratado de los más altos funcionarios dentro de la administración pública pertenecientes en su momento al gobierno de Alberto Fujimori.

### Sobre la reparación civil

Para la determinación y correspondiente imposición de la reparación civil en el presente caso se vuelve necesario tener en cuenta la noción de daño civil causado por un ilícito penal. Según la Sala<sup>33</sup>, por este concepto ha de entenderse aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, por la cual podrían originarse consecuencias patrimoniales y/o no patrimoniales.

Si bien la Sala<sup>34</sup> finalmente fija el monto de la reparación civil en cincuenta millones de soles, en atención a lo solicitado por el Ministerio Público y que debieran ser pagados solidariamente por todos los procesados, considero que debió llevarse a cabo una mejor correlación y justificación entre la suma a pagar que se determinó finalmente y los efectos producidos por los daños generados por la comisión del hecho delictivo, de modo tal que no queden dudas sobre el sentido del pago del monto fijado y que este no pueda ser materia de impugnación por parte de los procesados, afectándose así el legítimo resarcimiento al cual debería ser sujeto el Estado.

<sup>29</sup> Cfr. Exp. N°. 27-2003 – AV, pp. 102-103

<sup>30</sup> MONTAYA VIVANCO, Yvan. "La responsabilidad penal del funcionario superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados". En PARIONA ARANA, Raúl (dir.). *Veinte años de vigencia del Código Penal peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*. Grijley: Lima, 2012, p. 551.

<sup>31</sup> Cfr. Art. 30, inciso 5 "Cada Estado parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos." Texto disponible en: [http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruptcion/normativa/convencion\\_onu\\_contra\\_la\\_corruptcion\\_2003.pdf](http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruptcion/normativa/convencion_onu_contra_la_corruptcion_2003.pdf)

<sup>32</sup> Cfr. Exp. N°. 27-2003 – AV, p. 175

<sup>33</sup> Exp. N°. 27-2003 – AV, pp. 173 y ss.

<sup>34</sup> Exp. N°. 27-2003 – AV, pp. 173 y ss.