



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Boletín N° 20

## PROYECTO ANTICORRUPCIÓN

Diciembre de 2012



### PRESENTACIÓN

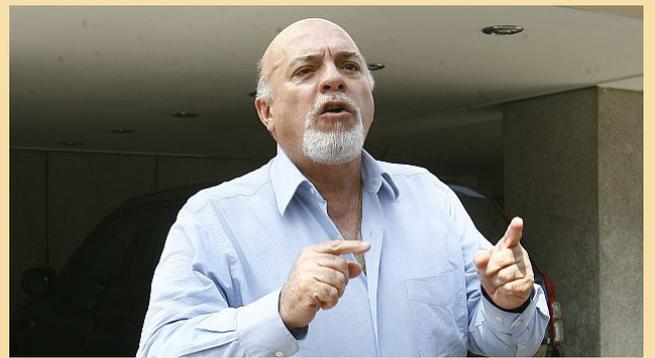
# Los casos emblemáticos pendientes de la Justicia Penal Anticorrupción en el 2012: Peligros de Impunidad

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

**A**puertas de terminar el año de 2012, creemos entonces necesario hacer en este último número del boletín un breve balance de la situación de los casos más emblemáticos de corrupción pública que se investigan y procesan en el sistema penal anticorrupción. El panorama, como podrá apreciarse posteriormente, no es nada alentador. Se cierne sobre muchos de estos casos peligros que pudieran determinar la impunidad de los mismos, con las consecuencias que ésta situación implica para la prevención de éstas prácticas y la grave percepción de la corrupción en las instituciones llamadas a perseguir eficazmente la actuación desleal de los funcionarios públicos y sus cómplices.

#### Caso Rómulo León

A pesar del tiempo transcurrido, y de que los procesados principales (Rómulo León y Alberto Quimper) se encuentran en libertad por haberse excedido el plazo de detención provisional, el caso aún no se encuentra en etapa de juzgamiento oral y peor aún no hay siquiera sentencia de primera instancia. El proceso, sin contar el tiempo de investigación fiscal, tiene aproximadamente más de tres años (desde octubre de 2008 que se emitió el auto de apertura de instrucción) y si bien, como todo delito sobre funcionarios públicos es un delito complejo, su complejidad esta delimitada por los hechos públicamente conocidos. No se comprende entonces las razones de la dilación de este proceso. Solo sabemos que los riesgos de fuga de los procesados esta latente así como las consecuencias lamentables de una eventual constatación de la vulneración del derecho al plazo razonable.



© Perú.21

### CONTENIDO

#### PRESENTACIÓN

- Los casos emblemáticos pendientes de la Justicia Penal Anticorrupción en el 2012: Peligros de impunidad (Pág. 1-2)

#### NOTICIAS DESTACADAS

- Entrevista a Inés Villa Bonilla Jueza de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Pág. 13)

#### COMENTARIO

#### JURISPRUDENCIAL

- Caso de la Caja de Pensiones Militar Policial (Pág. 10-13)



#### Caso de los ex Ministros Jorge Camet, Baca Campodónico y César Saucedo y Alberto Pandolfi

Este caso fue objeto de un retroceso cuando la sentencia condenatoria de primera instancia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de (setiembre de 2011) fue declarada nula por la sentencia de mayo de 2012 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sobre la base de una supuesta insuficiente valoración probatoria y falta de motivación de resolución judicial.

Si bien recientemente la Sala Penal Especial ha emitido nueva sentencia (5 de diciembre de 2012), condenando nuevamente a los mencionados ex Ministros por el delito de colusión desleal en agravio del Estado en los procesos de compras de aviones militares Mirage y Sukoy durante el régimen del ex presidente

Fujimori, se trata de una sentencia excesivamente benigna (4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución con la salvedad del Ministro Saucedo) y, lo más preocupante, se trata de una condena como cómplices del delito de colusión y no como autores. Dado el rol y las competencias de estos ministros resulta incomprensible una condena como complicidad.

El mensaje preventivo se encuentra absolutamente debilitado y la percepción de impunidad ronda sobre el caso. Es por eso que tanto la Procuraduría Anticorrupción como el Ministerio Público han interpuesto el recurso de apelación correspondiente. Esperamos que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema corrija estas incoherencias.

### Caso Caja Militar Policial

Recientemente con fecha 18 de septiembre de 2012, la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima emitió sentencia condenatoria por delito de colusión desleal contra 18 funcionarios, entre ellos

los miembros del Consejo Directivo de la Caja, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución. Dos aspectos son alarmantes de esta sentencia. El primero se encuentra referido a la reiterada benignidad con la que se tratan los casos más graves de corrupción del régimen de los años noventa. Esta preocupante benignidad resulta incoherente con el enorme daño patrimonial (hasta 18 millones de dólares) que produjo este hecho a toda la familia militar. El segundo es que en el proceso resultó absuelto tal vez el principal responsable de este saqueo a la Caja de Pensiones Militar Policial, el ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres. Los argumentos de la sentencia resultan incomprensibles sobre todo cuando se niega valor, sin mayor explicación, a los dos testimonios directos que señalan la participación esencial de Montesinos en estos hechos. La sentencia ha sido apelada y esperamos que haya una mejor valoración de los testimonios y se evite la impunidad del que según las evidencias parece ser el responsable materialmente principal de estos hechos.



© Diario 16

### Caso Comunicore

Se trata de un caso donde, más allá de dilucidar la responsabilidad penal o no de los funcionarios de la anterior administración municipal de Lima, se encuentra la cuestión previa de saber si hay mérito para someter a juicio oral (no necesariamente a una condena) al propio ex alcalde de la Municipalidad de Lima, Luis Castañeda Lossio. Su defensa ha articulado intensamente mecanismos de defensa. Uno de ellos (Habeas Corpus) se encuentra a la espera de resolución en el Tribunal Constitucional, mientras el otro, que consideramos más preocupante por ahora, es la posición que ha adoptado el Ministerio Público en este caso. Se trata de la 12ª Fiscalía Provincial de Lima que se ha pronunciado opinando por que se declare la inexistencia de responsabilidad penal del ex Alcalde de Lima en el proceso que se le sigue por colusión desleal y no se prosiga con la instrucción en su contra. Las razones son igualmente insostenibles. Se considera que como el ex alcalde delegó sus funciones al Gerente general designado para el cargo, él dejó de tener posición de garante sobre los aspectos de su Municipio y, por lo tanto, no se le podría juzgar por un delito de colusión en su modalidad omisiva. Ignora esta posición que un funcionario público de jerarquía superior no transfiere total-

mente su posición de garante respecto de la gestión leal, transparente y proba del funcionamiento del Municipio de Lima. El retiene funciones de control, vigilancia y supervisión y, si en ese contexto, se puede atribuir el conocimiento de las operaciones cuestionadas, no existiría duda de la necesidad de que el ex alcalde deba ser sometido a juicio oral para dilucidar su responsabilidad por omisión en un delito de colusión. La Procuraduría esta pendiente de la actuación del 12 Juzgado Penal de Lima a efectos de pedir que un Fiscal Superior se pronuncie sobre la posición del fiscal provincial.



© OEA

### Caso Chacón

Con fecha 19 de agosto de 2012, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró nula la sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima de 9 de febrero de 2010 que condenó a la familia del General Chacón (con excepción de la Congresista Cecilia Chacón que no se presentó a juicio) por el delito de complicidad en el delito de enriquecimiento ilícito a 4 años de pena privativa de la libertad y, en ese sentido, ordenó nuevo juicio oral. Lo preocupante de este caso radica en las razones esenciales de la Sala Suprema para declarar nula una sentencia exhaustiva como la emitida por la Sala Superior. Según los magistrados supremos, la sentencia condenatoria de la Sala Superior supuestamente no explica suficientemente los criterios por los cuales se considera irrazonable los fundamentos argumentados por la defensa de la familia Chacón y en ese sentido demandan se precise el monto del desbalance patrimonial del General Chacón. Sin embargo, la Sala Suprema ignora la verda-



© Wikipedia

dera naturaleza de este delito y las exigencias probatorias que para el Ministerio Público y, posteriormente, para la defensa de la familia se derivan de aquella naturaleza. Al Ministerio Público le basta, dado el estatus del funcionario y sus deberes de transparencia y veracidad, con evidenciar el desbalance patrimonial entre lo que han sido los ingresos lícitos permisibles del General y su real manifestación patrimonial. Si ya se encuentran agotadas todas las vías de indagación y no hay forma de determinar la fuente lícita del funcionario entonces tenemos una verda-

dera prueba incriminatoria que plantea la necesidad de que los acusados argumenten el origen lícito de sus ingresos y lo demuestren. Se trata de una distribución de la carga de la prueba y no de una inversión de la carga de la prueba. Esperamos que la nueva sala que conoce este caso continúe y, en todo caso fortalezca, la senda establecida por la Primera Sala Superior Especial de la Corte Superior. La lógica que parece introducir la Corte Suprema puede conducir peligrosamente a un vaciamiento del valor político criminal del delito de enriquecimiento ilícito.

© Infografía



No queremos terminar esta lista sin dejar de pronunciarnos por el caso reciente del ex Ministro aprista Aurelio Pastor. Los audios escuchados (que no son prueba prohibida) y las indagaciones posteriores recogidas por algunos medios de comunicación justifican sobradamente la investigación preliminar iniciada por la Primera Fiscalía Provincial Anticorrupción.

Todos estos casos importantes y relevantes para la opinión pública nacional están a la espera de procesos efectivos que sin vulnerar los derechos de los acusados tampoco caigan en hipergarantismos trasnochados que, desconociendo la realidad criminal compleja de estos delitos, puedan determinar situaciones de arbitraria impunidad que deslegitime aun más la ya carcomida legitimidad social del sistema judicial.

## ENTREVISTA

# Inés Villa Bonilla: “Los funcionarios que incurren en enriquecimiento ilícito implementan artificios de encubrimiento o disimulación del patrimonio”

Por **JULIO RODRIGUEZ VÁSQUEZ**  
*Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP*

La Doctora Inés Villa Bonilla, Jueza de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia y ex coordinadora del sub-sistema Anticorrupción conversó con el Proyecto Anticorrupción del Idehpucp sobre la lucha contra la Corrupción desde el Poder Judicial.

El 31 de enero de 2001, a través de la Resolución Administrativa N° 024-2001-CT-PJ, se creo el subsistema anti - corrupción en el marco de los procesos penales surgidos a partir de los hechos de corrupción ocurridos durante el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori. ¿Cuál fue el valor de la creación de un sistema especial como ese? En esta línea, el subsistema anticorrupción tiene ya más de diez años, ¿Qué balance podría hacer usted al trabajo del sistema anticorrupción? ¿Considera usted que aún es necesario mantener un subsistema anti - corrupción?

Sobre la indiscutible conveniencia de una judicatura especializada en este rubro delictivo, basta señalar que de la problemática nuclear que justificó la implementación del circuito judicial anticorrupción -relacionada a la red delictiva generada en el régimen del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori- el criterio que sustenta la existencia de dicho circuito judicial, ha evolucionado hacia el reconocimiento de una innegable necesidad de una competencia material alrededor de la criminalidad gubernamental. Así lo ha entendido el propio



© La República

Tribunal Constitucional cuando analizó los cuestionamientos por una posible colisión con el principio del Juez Natural, destacándose que lo que subyace a este rubro delictivo es la existencia de organizaciones superpuestas al aparato estatal, cuyos integrantes actúan con aprovechamiento de la infraestructura, contactos y medios de los que disponen desde el interior de las entidades públicas, a lo que se suma el acoplamiento de otros sujetos que bajo determinados roles contribuyen a retroalimentar ese estado de cosas; todo lo cual reviste a estos casos de determinados perfiles de crimen organizado que exigen actuaciones probatorias específicas a cargo de órganos específicos.

Su experiencia como presidente de la Primera Sala Anticorrupción le permitió tener mucha experiencia sobre los procesos penales surgidos en materia de corrupción, experiencia que se le suma su posición como actual de jueza de la Sala Suprema. A partir de ello, ¿Qué tipos de delitos son los que más dificultades les ha generado en materia de juzgamiento y eventual sanción? ¿Por qué? Además de los conocidos casos sobre violaciones de derechos humanos alrededor del Grupo Colina, estando a la temática que motiva la presente entrevista, cabe resaltar que parte importante de las causas penales a cargo de la Sala conformada por esta servidora, y las doctoras

Inés Tello de Ñecco e Hilda Piedra Rojas hasta inicios de 2011 fueron sin duda los juzgamientos que derivaron de las acusaciones por delito de enriquecimiento ilícito contra ex altos mandos de las Fuerzas Armadas. Esta figura penal, tocó ser estudiada, analizada y aplicada por nuestra Sala en un contexto jurisprudencial de escasa casuística sobre aquella. A tal ausencia de parámetros o de línea jurisprudencial sobre la materia, se sumaba otro hecho de dificultad: la complejidad en número de procesados, tal como ocurrió por ejemplo en el denominado caso de los Generales de la Promoción de Vladimiro Montesinos Torres, configurándose un mega proceso que no se circunscribía a los altos oficiales, acusados en calidad de autores directos, ya de por sí numerosos, sino también a sus familiares en condición de cómplices.

En ese escenario, entre otras, fueron dos las principales dificultades: unas, de índole sustancial penal y, otras, de carácter procesal. Las primeras, implicaron hacer frente a interpretaciones que exigían la acreditación de la relación de causalidad entre el incremento patrimonial y la infracción en específico que generó el mismo, perdiendo de perspectiva el carácter autónomo y de carácter subsidiario del tipo penal; así como aquellas que negaban la complicidad en delitos de enriquecimiento ilícito, a partir de un entendimiento de que éste necesariamente supone una consumación instantánea y el aporte material de los colaboradores, en este tipo de delitos, y para todos los casos, es posterior. La otra dificultad, de carácter procesal, emana del mismo tema probandum de dicho delito, esto es, de un lado, la debida cuantificación de los signos exteriores de riqueza atribuidos; y, de otro, la debida auscultación de las fuentes de ingresos esgrimidos por los acusados, a fin de determinar la existencia o no de un desbalance patrimonial en razón del cargo público ejercido. Así, tal cometido más allá de las críticas al derrotero metodológico por una supuesta inversión de la carga de la prueba, que demandaba un laborioso análisis de extractos bancarios, documentación contable, e instrumentales diversas que hacen gravitante en la actividad probatoria respectiva la prueba pericial, con todas sus fases que ella implica, esto es, no solamente la elaboración de las pericias –de oficio y de parte–, sino también el examen a los peritos, y, de ser el caso, el correspondiente debate, todo lo cual, lejos de implicar el que corresponda vincularse automáticamente a sus conclusiones, exige un debido monitoreo y validación del tipo de metodología y análisis efectuados por aquellos auxiliares de la administración de justicia.

De otro lado, ya en nuestra actuación como magistrado provisional de la Corte Suprema de Justicia de la República a partir de marzo de 2011, en el mismo ámbito delictivo, hemos detectado problemas de valoración probatoria en la jurisprudencia de algunas Salas Superiores derivadas del mismo automatismo con que se



suele acudir a las conclusiones periciales para absolver a acusados por delitos de peculado y también de enriquecimiento ilícito. En este último delito se nos viene a la mente el conocido caso del Juez Soberón cuya absolución tuvo que ser declarada nula. Otro tanto ocurre con criterios de ponderación expresados en los delitos de colusión desleal que exigen prueba directa de la concertación defraudatoria, y, en otros, que desmerecen absolutamente las irregularidades advertidas, connotándolas, sin más, como meras infracciones administrativas ajenas al delito en referencia.

**Es sabido que los delitos de corrupción son cada vez más cometidos con bastante astucia y cuidado y suelen no dejar huellas visibles del crimen ¿Cuáles han sido las herramientas para luchar contra esas dificultades probatorias? ¿Qué importancia tiene una correcta y razonable valoración de la prueba? ¿Cuál es el papel de la prueba indiciaria en estos casos complejos?**

Esbozadas precedentemente las dificultades advertidas en nuestro quehacer jurisdiccional en materia de delitos de corrupción, respecto a las opciones que se adoptaron para superar-

las, éstas si bien han tenido que observar el estricto respecto al debido proceso, empero, no han significado un anclaje a interpretaciones ortodoxas hipergarantistas indiferentes a las expectativas sociales que reprueban duramente las decisiones de impunidad. En ese sentido, en materia de enriquecimiento ilícito, se tuvo que desentrañar si el incremento patrimonial significó o no un proceso de larga data, sistemático, permanente con todas las implicancias que ello apareja, como por ejemplo, puntualmente, la válida imputación de colaboradores a todos aquellos, familiares o no de los funcionarios que efectúan aportes materiales contemporáneos, co-existentes y dirigidos a viabilizar la disimulación de ese proceso o de colocarlo fuera del radar de los controles de transparencia patrimonial.

Otro criterio que también fue medular para abordar los problemas antes señalados, fue el de reivindicar la posición del juzgador como “perito de peritos”, lo cual, exige detenerse en el tipo de metodología y análisis precedente a las conclusiones periciales para determinar si éstas resultan o no confiables. Mención aparte merece la prueba indiciaria, la que sin duda al-

guna resulta ser la “reina de las pruebas” en los tiempos actuales. Existente a la fecha medianamente jurisprudencia vinculante los parámetros y requisitos que la rige, nos queda claro que aquellos se centran en poder arribar al hecho típico a partir de hechos intermedios o periféricos; los cuales se tornan insuficientes en materia de enriquecimiento ilícito, donde de lo que se trata no es de determinar si ocurrió o no un hecho, sino que si el hecho o situación propuesta por el imputado es verdadero o es simulado. Ello sucede, en el ámbito de análisis de las fuentes de ingreso esgrimidas, donde es imperativo estandarizar criterios de valoración que no signifiquen tolerar ingenuamente cualquier tipo de ingreso invocado a última hora por el funcionario procesado. En nuestra experiencia con dicho delito, hemos constatado el facilismo de acudir intensamente a supuestos ingresos hereditarios u otras liberalidades familiares, que se hacen constar en documentos sin fecha cierta, pretendiéndose con ello una justificación de la riqueza acumulada. Pues bien, no siendo dato ajeno a la realidad que en muchos casos estos son ingresos generados en

base a actos simulados para aparentar las fuentes generadoras de aquellas, lo mismo que la titularidad de los bienes a nombre de terceras personas, una herramienta fundamental debe ser la formulación de tipo de indicios específicos para este tipo de supuestos.

**Su labor como jueza la ha hecho conocedora de un sinnúmero de casos complejos en materia de corrupción, muchos de ellos difíciles en tanto los funcionarios públicos utilizan estrategias fácticas y procesales para ocultar el delito ¿Puede relatarnos algunos patrones de encubrimiento de delitos detectados a partir de su experiencia? (especialmente en casos de enriquecimiento ilícito y colusión)**

En materia de enriquecimiento ilícito en particular, advertimos que mucho de los funcionarios que incurrir en este tipo de ilícitos implementan artificios de encubrimiento o disimulación del patrimonio ilegítimamente acumulado, en tanto están sujetos a declaraciones juradas y otros deberes de transparencia patrimonial que deben sortear, recurriendo para tal efecto, a las denominados testafierros

quienes como personas naturales o como personas jurídicas contribuyen al ocultamiento o a facilitar la consumación de los mismos.

De otra parte, en el ámbito de los delitos de colusión, es evidente que cada vez en menos común las posibilidades procesales de acreditar la relación directa entre los miembros de un órgano colectivo licitador y los representantes de la empresa contraparte favorecida al momento de la elección de la empresa. La casuística da cuenta más bien de que muchas veces el direccionamiento ocurre en las etapas previas, coordinándose el tipo de bien, calidad y demás especificaciones técnicas en la fase de elaboración de bases; así como en las etapas posteriores, introduciéndose addendums destinados a relativizar exigencias u obligaciones asumidas por la empresa ganadora.

Lo anterior, conlleva a insistir en la necesidad de introducir criterios jurisprudenciales que fijen estándares probatorios acorde a las características y dificultades probatorias de los delitos antes puntualizados.

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

### Caso de la Caja de Pensiones Militar Policial

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

El día 18 de Setiembre del presente año, la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, conformada por los magistrados Rafael Enrique Menacho Vega (presidente), Avigail Alquicocha Vega y Cecilia Alva Rodríguez, emitió sentencia sobre el caso Caja de Pensiones Militar Policial (CPMP). En dicha sentencia se condenó a dieciocho generales y contralmirantes en retiro y a seis funcionarios civiles a cuatro años de pena privativa de libertad en calidad de suspendida por la comisión de delito de colusión desleal en agravio del Estado y de la CPMP; sin embargo, la sentencia absuelve a Vladimiro Montesinos en base a que la Sala consideró que no hubo pruebas de que haya interferido en la CPMP mediante la designación de los efectivos militares del Consejo Directivo. En un principio se había que señalado que Montesinos sería responsable también por haber actuado en calidad de instigador, interfiriendo y ejerciendo influencias para que los funcionarios miembros del Consejo Directivo de la CPMP sean todos de su aprobación.

Según señala la Acusación Fiscal, se procesó a Vladimiro Montesinos Torres debido a que, en su condición de asesor del SIN, era la persona que daba su conformidad y visto bueno para el nombramiento de los altos oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; es de esta manera que Vladimiro Montesinos habría intervenido en el nombramiento de los integrantes del Consejo Directivo de la Caja de Pensiones Militar y Policial –durante el periodo comprendido entre los años de 1992 a 1997– a través del control que tenía sobre los funcionarios encargados de manera primigenia de este nombramiento (los Comandantes Generales de la FAP, Marina de Guerra y del Ejército) Es así que los miembros del Consejo Directivo de la CPMP, en acción conjunta con los integrantes del “Grupo Venero”, habrían llevado a cabo diversas operaciones colusorias que les permitieron el acceso a comisiones ilícitas mediante el otorgamiento de préstamos irregulares con los fondos de la CPMP y por la posterior adquisición de los hoteles Las Américas y Diplomat con los mismos fondos públicos.

Según se señala en las pericias actuadas, el perjuicio económico causado a la CPMP

ascendió a más de once millones y medio de dólares americanos (exactamente, US\$/11'568,446.94). No obstante, de ser añadidos los intereses legales que se habrían obtenido a partir del monto en cuestión en caso no hubiese sido afectado, el perjuicio total ascendería a cerca de US\$ 18'000 000.00 (dieciocho millones de dólares americanos).<sup>1</sup>

A continuación, los extractos más relevantes de la sentencia referidos a los temas centrales a ser desarrollados en el presente comentario Sobre el concepto de funcionario público:

*En principio el funcionario público es un ciudadano que por el estatus institucional que ostenta se encuentra vinculado al Estado mediante “nombramiento”, “delegación” o “elección popular”, por lo que dotado de decisión y representación, contribuye a desempeñar o ejercer una actividad o función pública<sup>2</sup>, en nombre, al servicio, al interés social de los organismos o entidades del Estado.*

*Sin embargo, el concepto de funcionario previsto en el artículo 425 del Código Penal no responde a una definición<sup>3</sup> sino mas*

<sup>1</sup> Sentencia Exp. 49-2001 p.182

<sup>2</sup> Vid al respecto, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la administración pública*. 4ª ed., Grijley, Lima, 2007. Es este sentido BACACORZO GUSTAVO. *El trabajador público en el Derecho Peruano*, En: *Dialogo con la Jurisprudencia*, Año 06, N° 26 Noviembre, 2000. p. 21 sostiene que el funcionario público es “Trabajador Público que específicamente disfruta de una delegatio...Debe tener nombramiento y no contrato”

<sup>3</sup> EDGARDO DONNA, Alberto. *El concepto dogmático de Funcionario Público en el Código penal peruano*, En: *Revista Peruana de Ciencias Penales Año VII- VIII, N° 11*, lima, 2002. p. 271. *Llega a la conclusión que la piedra angular del concepto de funcionario público reside en el estatus o calidad como elemento normativo del tipo y la función pública.*



bien a una terminología en sentido amplio y genérico o una “extensión penal normativa”<sup>4</sup>, o sea, el simple hecho de ejercer una función pública es motivo esencial para que el Código Penal los cualifique como funcionario público, en otra palabras, el Código abarca no solo aquellos que están incorporados formalmente a la administración pública, sino los que ejercen una “función pública”<sup>5</sup>. Tal concepto, para efectos penales, tiene que hacerse acorde con una interpretación sistemática y teleológica de los preceptos normativos de la Constitución (arts. 39, 40 y 41) y los alcances del Derecho Administrativo<sup>6</sup>, entre otros, así como con las disposiciones del Decreto Legislativo 276 (6-III-84) y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 005-90 PCM que regulan la carrera administrativa vigente en ese entonces.

En este caso, los Consejeros de Supervisión, los miembros del Consejo Directivo, los miembros del Comité de Inversiones Inmobiliarias, entre otros, de La Caja -que

se encuentran en actividad policial militar- **son funcionarios públicos** en virtud al literal 5 del artículo 425 del Código Penal que señala son funcionarios públicos “**Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional**”.

(...) Los funcionarios públicos de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas, como miembros de La Caja, si bien tienen un cargo estructural dentro de la jerarquía castrense, es legítimo que sean asignados a un organismo público del Estado- para desempeñar sus actividades o funciones- distinto al que pertenecen, sin estar ejerciendo una duplicidad de función pública o cargo público, pues no perciben doble remuneración conforme al artículo 40° de la Constitución<sup>8</sup> que permite que un funcionario puede realizar más de un cargo público en tanto no sea doblemente remunerado en aras del interés del Estado u organismo/entidad. El hecho que los funcionarios militar-policial desempeñen doble función no significa que no deben cumplir con la res-

ponsabilidad que asumen omitiendo sus funciones, por el contrario se les exige un mayor celo en el cumplimiento de su rol de funcionario, toda vez que al ser designados mediante Resolución Suprema, deben ostentar la capacidad y competencia para realizar y ejecutar sus deberes funcionales en interés del Estado.

Sobre la prueba indiciaria y la valoración de las declaraciones testimoniales:

El Colegiado toma en consideración el Recurso de Nulidad N° 1912-2005-PIURA, de fecha 06 de setiembre de 2005, que versa sobre la prueba indiciaria, precisando que se puede sustentar la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, en cuyo caso deben respetarse los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia, consignando que: “(...) los requisitos que han de cumplirse [...] respecto al indicio, (a) éste -hecho base- ha de estar plenamente probado -por los diversos me-

<sup>4</sup> A diferencia del Código Penal Argentino define en su art. 79° “Por los términos funcionario y empleado público usados en este Código, se designa a todo aquel el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente” y el Código Penal Español en el art. 24.(2) “Se considera funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección popular o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”

<sup>5</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público, En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 27, diciembre, Lima, 2000; También en *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, jurista editores, 2005. p. 46.

<sup>6</sup> VALEIJE, Inmaculada “reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en: *Cuadernos de Política Criminal* N° 62 1997, EDESA, Instituto Universitario de Criminología- Universidad Complutense de Madrid. p. 479 y 492, en relación a la función pública señala “[...] si la Constitución impone a la Administración una serie de deberes que vinculan su actuación al servicio de los intereses generales, debe igualmente prestarse protección penal a ese servicio, cualquiera sea la personificación jurídica que aquel adopte” y “[...] a fin de introducir un mayor rigor en el concepto de función pública, de tal modo que para no incurrir en interpretaciones gramaticales extensivas se pueden incluir dentro de aquel concepto lo que hoy en día son “formas flexibles de administrar”....esto es, la aplicación del estatuto penal de la función pública a todas las entidades instrumentales de la Administración que desempeñen en todo o en parte funciones públicas e independientemente de que adopten o no una forma jurídica pública”.

<sup>7</sup> Vid, MORON URBINA, Juan Carlos. La vicisitudes de los conceptos de funcionario y servidor público: Análisis desde el régimen de control gubernamental, En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 06, N° 26 Noviembre, 2000, p. 26. Sostiene que “El contenido del término funcionario y servidor público es esencial para la estructura del derecho administrativo, por cuanto al lado del administrado, son los dos centros de imputación de deberes y derechos...”

<sup>8</sup> “(...) Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”

dios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar -los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son-, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia -no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí”.

(...) el Colegiado considera para valorar las declaraciones de los coimputados lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 2-2005-CJ/116<sup>9</sup>, que establece que cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, debe valorarse desde la perspectiva objetiva que el relato inculcador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorpore algún hecho, mandato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido inculcador; y desde la perspectiva subjetiva, que no advierte móviles turbios o espurios que resten la credibilidad de lo que se haya expresado en las distintas etapas

del proceso.<sup>10</sup>

(...) la Ejecutoria Vinculante N° 3044-2004<sup>11</sup> ha establecido en su considerando Quinto, “Que por lo demás, es de dejar sentado como doctrina general que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción con las garantías legalmente exigibles el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones -que el Tribunal debe precisar cumplidamente-, que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral.

Sobre la pericia

“La norma adjetiva (art. 161 Código de Procedimientos Penales) estipula en principio que los peritos son “...de preferencia ... especialistas... a quienes se hallen sirviendo al Estado”, pero prevé también que “...A falta de profesionales nombrará a persona de reconocida honorabilidad y competencia en la materia... que no estén al servicio del

Estado”, esto quiere decir, que el perito aun no teniendo títulos habilitantes, poseen conocimientos o la idoneidad suficiente sobre cualesquiera otras materias de las infinitas que pueden interesar a un proceso penal.

En relación el valor probatorio de la pericia, los señores Jueces de la Corte Suprema en el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria han precisado “La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias preprocesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259° del Código de Procedimientos Penales. Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concreta el principio de contradicción -y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y publicidad-, es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial -que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral- no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no sólo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona -primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo-, con lo que el derecho de defensa no se des-



© fuerzasmilitares.org

<sup>9</sup> Asunto: Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado, del 30 de setiembre de 2005.

<sup>10</sup> En efecto las declaraciones de los coimputados conforme sostiene Gimeno Sendra, tienen un status procesal distinto al del testigo imparcial, quien tiene obligación de comparecencia y de decir la verdad, refiriendo que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español concluye que la declaración de un coimputado es sospechosa cuando se trata de la única prueba de cargo, en la medida que el acusado no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente, e incluso mentir, por lo que, éstas carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras. GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal, 2da edición, Editorial COLEX, Madrid, 2007, Pág. 113

<sup>11</sup> De fecha 29 de noviembre de 2004.



*naturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad*<sup>12</sup>

Sobre la exclusión de responsabilidad de Vladimiro Montesinos como instigador del delito de colusión:

**VLADIMIRO MONTESINOS TORRES.-** Al respecto, de autos aparecen las Resoluciones Supremas mediante las cuales se formaliza el acto administrativo del nombramiento de los Directores de la Caja de Pensiones Militar Policial, quienes son propuestos por los Comandantes Generales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, así como el Director General de la Policía Nacional del Perú, a los ministros de su Sector (Defensa e Interior) para ocupar dichos cargos. Dichas resoluciones constituyen documentos públicos de conformidad con lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 235 del Código de Procedimientos Civiles al haber sido expedidas por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones, y publicados en el Diario Oficial “El Peruano”.

El Ministerio Público, la parte civil ni la defensa de la CMPM, han formulado tacha alguna contra estos documentos, por tanto tienen valor y eficacia jurídica probatoria absoluta. Y en ellas no aparece ninguna intervención o participación del acusado Montesinos Torres. Refuerza lo dicho, las declaraciones testimoniales de Nicolás de Bari Hermoza Ríos Comandante General del Ejército Peruano, Alfredo Arnaiz Ambrosiani Comandante General de la Marina de Guerra del Perú, Juan José Nadal Paiva y Elesvan Bello Vásquez Comandan-

*tes Generales de la Fuerza Aérea del Perú, José Villanueva Ruesta y César Saucedo Sánchez ex Ministros del Interior, quienes en acto oral manifestaron que el acusado Montesinos Torres no había intervenido en sus decisiones como Comandantes Generales, en las propuestas que formularon para la designación de los oficiales que ocuparían los cargos de miembros del Directorio de la CPMP.*

#### **Sobre la valoración probatoria**

Según el profesor Ortells Ramos, la prueba viene a ser la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos de hecho aportados.<sup>13</sup> Es en ese sentido que estos elementos que le permitirán generar convicción al juzgador serán la base de todo el proceso penal. Los hechos aportados vendrán a ser afirmaciones realizadas por las partes que busquen sustentar una postura determinada dentro del marco del proceso.

Es así que, dentro de la clasificación de los medios de prueba, hallamos al *testimonio*<sup>14</sup>. Como señala el profesor Miranda Estrampes<sup>15</sup>, la consideración de declaración del coimputado como prueba inculpativa de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia siempre ha resultado un tema controversial dadas las especiales exigencias de corroboración y valoración que deben llevarse a cabo sobre la declaración testimonial. En ese sentido, han de llevarse a cabo especiales *condiciones de suficiencia probatoria*<sup>16</sup> para determinar si la declaración sufre todos los requisitos para tener eficaz valor probatorio. Según el mencionado autor, una de las dichas condiciones para eva-

luar la suficiencia probatoria haría referencia a una verificación intrínseca y a una verificación extrínseca de la declaración del coimputado. La primera de estas verificaciones se remite a una carácter marcadamente subjetivo: la suficiencia de la prueba testimonial dependerá de si lo vertido en la declaración responde a ánimos o móviles distintos a aquellos referidos a llegar a la verdad sobre lo ocurrido en el proceso.

Estos móviles distintos serían, por ejemplo, aquellos referidos al ánimo de autoexculpación de una de las partes o al ánimo de venganza sobre los demás coimputados. Una vez que se verifique que dichos móviles espurios no concurren, se pasará a la verificación extrínseca de la declaración del imputado. En el caso concreto, la Sala señala que Víctor Venero Garrido estaría motivado por móviles espurios con respecto a Vladimiro Montesinos, razón por la cual el testimonio vertido por el primero no sería de eficaz valor probatorio para determinar la responsabilidad del segundo. Sin embargo, la Sala no llega a motivar de manera debida a qué móviles espurios se refiere: no se llega a determinar por qué Víctor Venero tendría supuestos ánimos de venganza, resentimiento, odio personal u otras orientaciones con respecto a Montesinos, alterando así la veracidad de su testimonio. Como se señaló en la imputación fiscal, Venero estuvo muy ligado a Montesinos Torres, por encargo de quien disponía la entrega periódica de diversas sumas de dinero a los Directores y funcionarios de la CPMP para asegurar el éxito de diversas operaciones en que tenían interés. Además, se le imputó haber integrado una asociación ilícita destinada a cometer ilícitos penales en el manejo de dicha

<sup>12</sup> Fundamento 8 del Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116, Lima 16 de noviembre de 2007.

<sup>13</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel en: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, Grijley: Lima, 1999, p. 581

<sup>14</sup> SAN MARTÍN CASTRO, Op. cit, p. 609

<sup>15</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal Acusatorio*, p.117

<sup>16</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit, p. 121-122

institución, específicamente en las operaciones de otorgamiento de préstamos y a través de la adquisición de empresas e inmuebles sobrevalorados. De igual manera, Venero era el líder del denominado “Grupo Venero”, grupo de testaferros de Vladimiro Montesinos.

Esto, sin más, llevó a que la Sala prescindiera de la declaración en cuestión, en la cual se hacía referencia muy precisa al modo de intervención que tuvo Vladimiro Montesinos sobre la designación de los Comandantes Generales de las fuerzas militares, los cuales, a su vez, estaban encargados del nombramiento de los miembros del Consejo Directivo de la CPMP. Sobre este mismo hecho, la Sala, sí valoró las declaraciones testimoniales de Nicolás de Bari Hermoza Ríos Comandante General del Ejército Peruano, Alfredo Arnaiz Ambrosiani Comandante General de la Marina de Guerra del Perú, Juan José Nadal Paiva y Elesvan Bello Vásquez Comandantes Generales de la Fuerza Aérea del Perú, José Villanueva Ruesta y César Saucedo Sánchez ex Ministros del Interior, quienes manifestaron que Vladimiro Montesinos Torres no había intervenido en sus decisiones como Comandantes Generales, en las propuestas que formularon para la designación de los oficiales que ocuparían los cargos de miembros del Directorio de la CPMP. Esto, evidentemente, nos lleva a una situación de irregularidad, donde finalmente la versión de Montesinos (y de los Comandantes Generales de las FF.AA) toma validez al no haberse valorado debidamente las declaraciones testimoniales que lo inculpaban.

En nuestra consideración, no se puede hablar de un *móvil* espurio referido a la declaración del coimputado por el hecho de que ese se someta a la figura de la colaboración eficaz y pretenda obtener un trato benigno o excluyente de la reacción penal. En ese sentido, el juzgador reconoce plenamente la validez legal de la intervención procesal de los colaboradores eficaces, los cuales justamente buscan que no haya consecuencias penales en base a las acusaciones o datos que vierten sobre lo ocurrido en el proceso. Si el órgano judicial fuese en extremo rígido en esta interpretación –como parece lo está haciendo en el caso de autos–, importantes declaraciones testimoniales vertidas en procesos anteriores, como las de Matilde Pinchi Pinchi o Elizabeth Rosales Linares, nunca habrían cobrado validez debido a estos supuestos *móviles espurios*, los cuales los habrían invalidado y, consecuentemente, nunca se habría podido desentrañar la compleja red de corrupción del Vladimiro Montesinos.

Volviendo sobre el tema de la valoración de la declaración testimonial, es menester señalar que existe una segunda postura<sup>17</sup> referida al examen de suficiencia probatoria donde se señala que esta se condiciona a la presencia de una mínima corroboración periférica de las manifestaciones incriminatorias vertidas. Esto viene a ser, en otras palabras, que las declaraciones estén corroboradas por elementos obtenidos de otras fuentes probatorias autónomas. Es a partir de esta mínima existencia de corroboración que recién se podría determinar su valor como prueba incriminatoria de cargo. No obstante, dicha corroboración periférica no se refiere a los hechos en sí materia de imputación, sino a que, de toda la información vertida en la declaración, se pueda comprobar aspectos que no refiriéndose al ilícito en sí, sí puedan dar verosimilitud al contenido de la misma. La profesora Mercedes Fernández López<sup>18</sup> señala que para determinar la suficiencia probatoria de la declaración, en primer lugar, esta no debería resultar fantasiosa o increíble por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia. En segundo lugar, la declaración inculpativa debe mantenerse firme a lo largo de todo el proceso, lo que implica que no habría de modificarse sustancialmente en las sucesivas ocasiones en las que se ha de prestar testimonio, que la declaración no presente ambigüedades o vaguedades y que sea coherente, no presentando contradicciones entre sus distintas partes. Por último, la declaración ha de estar corroborada por datos periféricos de carácter objetivo, que implicaría que la declaración esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente a la propia declaración<sup>19</sup>. Ejemplos de estos datos periféricos que corroborarían la declaración podrían ser *las lesiones provocadas por el delito, los testimonios de otras personas que, sin referirse directamente al hecho delictivo, confirman o refuerzan la credibilidad de la víctima o a los informes periciales que evalúan el estado físico o mental de la víctima*<sup>20</sup>.

De este modo, podemos notar que la Sala finaliza su análisis erróneamente en base a la primera de las posturas desarrolladas referidas al examen de suficiencia probatoria de la declaración testimonial, sin llegar a examinar si lo vertido por Venero se corroboraba con lo expresado por las pericias actuadas o por otros elementos probatorios. De manera similar, tampoco se llegó a valorar de manera debida la declaración de Luis Duthurburu Cubas, quien fungió como broker de la CPMP y donde se reforzaba lo expresado en la declaración de Venero Garrido.

## Sobre la calidad de funcionario público en el caso concreto

### Marco legal del delito de colusión desleal

El delito de colusión se encuentra tipificado en el art. 384 del código penal; el tipo aplicable a los hechos concretos fue el siguiente:

**Artículo 384.-** *El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.*

De igual manera, y como bien hace la Sala, antes de proseguir con el análisis de los elementos objetivos del tipo, habría que incidir sobre el concepto de funcionario público y sobre si, efectivamente, los altos funcionarios militares y miembros del Consejo Directivo de la CPMP se encontraban bajo dicha categoría.

Cabe señalar que la referencia que hace el Código en su artículo 425 no es suficiente para dilucidar claramente qué se habrá de entender por funcionario público, razón por la cual habremos de remitirnos a consideraciones de la doctrina nacional sobre dicho punto controvertido. El profesor Fidel Rojas señala que dentro del concepto de funcionario público no solo se encuentran aquellos sujetos incorporados a la Administración Pública, sino aquellos mismos que ejercen una *función pública*<sup>21</sup>. En ese sentido, luego de tomar en cuenta la consideración del art. 425 con el presupuesto del ejercicio de la función pública, tendríamos que los miembros del Consejo Directivo y de los órganos de gestión de la CPMP entrarían en la categoría de funcionarios públicos. Los roles de dichos funcionarios se encuentran establecidos en la Ley 21021<sup>22</sup>.

Por otro lado, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, suscrita y ratificada por el Perú, en su artículo primero señala que se entiende por funcionario público “*cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos*”. Por otro lado, se indica que se entiende como fun-

<sup>17</sup> *Ídem*, p. 123-124

<sup>18</sup> Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. “La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable”, disponible en <[www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf](http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf)> Fecha de consulta: 18 de Diciembre del 2012

<sup>19</sup> El Tribunal Supremo español señala, en ese sentido, que el elemento de corroboración llega a ser un dato empírico, que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en la fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente. (STS 944/2003)

<sup>20</sup> Información recogida de la STS 1773/2002, citada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Op. cit, p.7

<sup>21</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4ta Ed. Grijley: Lima, 2007, p. 49-51

<sup>22</sup> El texto completo puede revisarse en <<http://www.lacaja.com.pe/previsional/pdf/creacion.pdf>>

ción pública “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una personal natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”<sup>23</sup>.

La Sala señala, asimismo, que el bien jurídico tutelado se refiere a la custodia de los intereses patrimoniales del Estado a través de los funcionarios o servidores públicos y, más adelante, también se refiere como interés tutelado al del correcto funcionamiento de la Administración Pública (correcto funcionamiento de los órganos de gobierno).

En ese sentido, el sujeto activo en el presente caso recae en los funcionarios de la CPMP que llevaron a cabo los acuerdos colusorios y los demás funcionarios ajenos al Consejo Directivo que también estuvieron involucrados. El sujeto pasivo serían tanto la CPMP (persona jurídica de derecho público) como el Estado Peruano.

Finalmente, la Sala señala que el acuerdo colusorio se configura cuando los funcionarios realizan una concertación fraudulenta con el tercero interesado en las distintas modalidades de negocios jurídicos con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. Es necesario señalar que, según los fundamentos jurídicos N° 17 y 18 del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116<sup>24</sup>, los bienes sobre los cuales puede

recaer la acción material en los delitos contra la administración pública pueden ser: 1) del Estado; 2) parcialmente del Estado; 3) de propiedad privada.

La primera modalidad hace referencia a aquellos bienes íntegramente del Estado; la segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Finalmente, la tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido. Este último supuesto sería frente al cual nos encontraríamos en el presente caso, lo cual nos llevaría a que no haya mayor discusión sobre si efectivamente nos hallamos ante un delito contra la administración pública. En consecuencia, no sería relevante para el caso concreto que los bienes sobre los que recaen los actos colusorios sean de pertenencia exclusiva del Estado.

#### Sobre la determinación judicial de la pena

##### Sobre las circunstancias genéricas (art. 46 del Código Penal)

Para llevar a cabo una correcta determinación de la pena, la Sala al momento de aplicar el

art. 46 del código sustantivo debió tener las siguientes consideraciones sobre cada una de las circunstancias genéricas<sup>25</sup>:

1. La naturaleza de la acción.
2. La importancia de los deberes infringidos.
3. La extensión del daño o peligros causados.
4. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión.
5. Los móviles y fines.
6. La unidad o pluralidad de agentes.
7. La edad, educación, situación económica y medio social.
8. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño.
9. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.

Como podemos observar, por lo menos las circunstancias uno, tres, cuatro y seis nos resultan de especial interés al ser claramente evidenciadas en el presente caso. En ese sentido, considero que en lo referido a la determinación de la pena habría que determinar ciertas agravantes en base a 1) El modus operandi empleado por los agente y el efecto devastador que se ha producido sobre el funcionamiento de la CPMP, la cual, hasta la fecha, se ve limitada o perjudicada en el desempeño de sus funciones debido al desfalco sufrido; 2) Según lo determinado por las pericias, estaríamos hablando de una cuantía del daño superior a los once millones de dólares americanos (tan solo



<sup>23</sup> Cfr. Convención Interamericana Contra La Corrupción <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>>

<sup>24</sup> El texto completo se puede revisar en <<http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Jurisp/Plenos/ Penal/2010/PlenosIP-2010.pdf>> Fecha de consulta: 19 de Diciembre del 2012

<sup>25</sup> Consideraciones tomadas a partir de lo señalado en la Sentencia EXP. N° 27 - 2003 - AV, p. 170-172

en lo que se refiere a sobrevaluación de predios adquiridos, sin contar la posterior derivación del dinero ilícito a cuentas en el extranjero) Es evidente, entonces, que tan grave afectación a las arcas públicas debe ser valorada como una agravante al momento de determinar la pena; 3) Es de destacar también, el aprovechamiento del cargo del que hicieron uso los funcionarios ya que, al ser miembros del Consejo Directivo, aprovecharon la potestad que ostentaban para aprobar la designación de fondos de la CPMP para así coludirse con terceros y adquirir bienes a precios sobrevaluados o destinar préstamos fuera de los límites establecidos por ley; 4) Finalmente, se vuelve sumamente importante tener en consideración lo referido a la pluralidad de agentes que perpetraron el delito. Se ha condenado por el delito de colusión a 18 funcionarios de la CPMP, habiendo actuado estos en conjunto (mediante distintas funciones) para llevar a cabo el ilícito. Dicha concurrencia de actores nos permitiría colegir la existencia de un acuerdo de voluntades previo, configurándose así otro de los supuestos para determinar la pena en el rango más próximo al máximo legal.

En estricta relación a lo anterior, se vuelve necesario señalar que si el tipo penal de colusión ya hace referencia a algunas de las consideraciones desarrolladas dentro de las circunstancias genéricas, dicho análisis ya no habrá de llevarse a cabo. Esto ocurre, por ejemplo, al momento de valorar la posición o cargo especial (como funcionario) que ocupaba el sujeto infractor al momento de la comisión del ilícito.

El tipo penal de colusión ya valora la condición especial de funcionario público, por tanto, dicha consideración no deberá ser valorada doblemente. No obstante, la posición jerárquica del sujeto dentro de la estructura del órgano en cuestión sí podría ser pasible de análisis.

No obstante lo señalado, considero que, en definitiva, la Sala no hace una correcta valoración a propósito de las circunstancias genéricas aplicables a los sujetos que cometieron el ilícito penal. En ese sentido, la pena impuesta no debió ser benigna al concurrir las condiciones señaladas. El rango de pena para el delito en cuestión es de 3 a 15 años y, sin embargo, vemos que la Sala decidió imponer, de manera extremadamente lenitiva, tan solo 4 años, a pesar de la concurrencia de muchas de las condiciones previamente señaladas, lo cual nos acercaría más al máximo de la pena conminada (15 años).

De manera similar, la Sala se decanta por la aplicación de una pena suspendida para los implicados, alegando que

*“según la valoración de las condiciones personales de los mismos [los procesados], algunos de ellos con trabajo conocido, otros con pensiones del Estado, la conducta procesal que han asumido durante el transcurso del proceso, sobre todo, en el presente acto oral, habiendo comparecido a todas las audiencias continuadas, su accionar y forma de intervención, sus antecedentes penales y grado de vinculación, por lo que a criterio del Colegiado merecen la im-*

*sición de una condena condicional, ya que esta pena les impedirá cometer nuevo delito.”*

Sobre esta consideración, considero que la Sala hace una errónea determinación de la pena a ser impuesta, en primer lugar, por la razón previamente señalada referida a la gradación de la pena, lo cual se aproximaría más al máximo legal que al mínimo, alejándonos así del aspecto de cuatro años de pena conminada como requisito para la aplicación de pena condicional. Por otro lado, considero que, a partir de las pericias debidamente actuadas, podemos ver el nivel de daño que se causó al bien jurídico protegido y la manera como se afectó el patrimonio de la CPMP y, en consecuencia, el patrimonio del Estado. Esto se añadiría a la consideración referida a la posición especial que ocupaban los sujetos que perpetraron el ilícito siendo ellos los únicos con acceso y posibilidad de afectar el bien jurídico de tal manera como se hizo. Por otro lado, la sala tampoco motiva de manera debida en lo referido al pronóstico de una conducta favorable, otro presupuesto para la aplicación de una pena condicional. La simple enumeración de factores como el de poseer un trabajo conocido o de recibir pensiones de parte del Estado no nos permiten vislumbrar de una conducta ajustada a derecho a futuro, razón por la cual tampoco sería de aplicación la pena suspendida. Es más, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción<sup>26</sup> la adopción de este tipo de medidas (aplicación de penas privativas de libertad



no efectivas) deberían ser residuales o bastantes excepcionales.

En líneas posteriores será materia de análisis la consideración que tiene la Sala sobre la aplicación de atenuantes al caso concreto.

#### Sobre la dilación indebida como atenuante al momento de determinar la pena

En la presente sentencia, la Sala señala que, al haberse generado una dilación indebida sobre el desarrollo del proceso (el cual se ha iniciado el año 2002), se volvería necesaria la aplicación de una atenuante al momento de la determinación de la pena para los condenados, rebajándose, de tal manera, dos años de lo que sería el total de pena a ser impuesta. Sin embargo, estimo necesario hacer algunas precisiones sobre el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es una manifestación del derecho fundamental al debido proceso establecido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú.

Si bien al TC no le corresponde establecer plazos fijos sobre cualquier etapa del proceso –tarea que, más bien, deberá estar encargada al Poder Legislativo– este órgano si puede establecer criterios de razonabilidad y proporcionalidad de tal manera que se garantice el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.<sup>27</sup> Dichos criterios no serán los mismos para todos los casos, ya que el TC reconoce que en base a la casuística y particularidad de los hechos de cada caso concreto, estos deberán variar al momento de ser aplicados para cada uno de los supuestos presentados. El TEDH reconoce que para determinar la existencia de un plazo razonable, en cada caso concreto, habrá que tener en cuenta los siguientes criterios<sup>28</sup>:

#### 1. Complejidad del asunto

2. Comportamiento de las partes
3. Actuación de los tribunales

El TC, adecuando dichos criterios, considera que estos son de dos naturalezas: subjetivos (*Actuación del fiscal y actuación de los procesados*) y objetivos (*naturaleza de los hechos objeto de la investigación*).

Dentro de lo que se refiere a la actuación del procesado, podemos señalar las siguientes conductas que nos permitirían delatar un afán obstruccionista y que buscaría dilatar injustificadamente el proceso:

- La no concurrencia, injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación
- El ocultamiento o negativa, injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación,
- La recurrencia, de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional
- En general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia pena.

Asimismo, la actuación fiscal no escapa de este análisis, por lo que es menester referirse a los siguientes procedimientos al referirnos a la actuación del fiscal:

- La capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. Esto se refiere a la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para la formalización de la denuncia respectiva.

Es necesario tener en cuenta también, el criterio objetivo de este análisis, que se refiere a la complejidad del objeto a investigar (compleji-

dad del caso). Para esto, es necesario estimar:

- Los hechos en sí materia de investigación
- El número total de investigados
- Dificultad especial de realizar determinadas pericias o exámenes
- Tipos de delitos que se imputan
- Grado de colaboración de las demás entidades estatales según lo requiera el Ministerio Público.

En ese sentido, considero que el presente caso sería de naturaleza compleja, razón por la cual el largo periodo para emitir una sentencia no se convierte automáticamente en una afectación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Por tanto, considero que la Sala debió hacer un mejor análisis sobre cuáles fueron las razones para que el proceso haya tomado tanto tiempo en ser resuelto. De igual manera, no se hace un análisis de aquellas conductas de parte de los procesados que hayan podido tener un fin obstruccionista y que, de tal manera, hayan buscado dilatar injustificadamente el proceso. En síntesis, considero que no se debió considerar como atenuante el hecho de encontrarnos ante una supuesta afectación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable sin antes haber llevado a cabo un pleno examen sobre los tres presupuestos que existen para permitirnos hablar de dicha afectación.

En conclusión, y bajo las expuesto en el presente comentario, considero que no se han dado los fundamentos y presupuestos necesarios para haber dictado una pena tan benigna a los condenados –pena suspendida de cuatro años– produciéndose así, una errónea aplicación de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad por parte de la Sala y que, asimismo, las declaraciones testimoniales de los colaboradores eficaces Venero Garrido y Duthurburu Cubas no fueron debidamente valoradas, lo cual devino en el fortalecimiento de la posición de Vladimiro Montesinos y en su posterior absolución.

<sup>26</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/anticorrupcion/normativa/convenccion\\_onu\\_contra\\_la\\_corrupcion\\_2003.pdf](http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/convenccion_onu_contra_la_corrupcion_2003.pdf) Fecha de consulta: 20 de Diciembre del 2012

<sup>27</sup> STC EXP. N.º 5228-2006-PHC/TC §12 <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05228-2006-HC.html>>

<sup>28</sup> TEDH – Zimmerman and Steiner vs. Switzerland, §24 <<http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/COU/Full/En/COU-157036.pdf>>