



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Y

VALORACIÓN PROBATORIA

II.1. CONTEXTO HISTÓRICO - POLÍTICO

14. Al inicio de la campaña electoral de mil novecientos noventa, el movimiento político "Cambio 90", que lideró el encausado Fujimori Fujimori -en la que resultó electo como Presidente de la República-, consideró como temas centrales de su campaña, en primer lugar, la grave situación económica, caracterizada por la hiperinflación, la recesión y la pobreza, y segunda prioridad, la política de pacificación nacional (la lucha antsubversiva, el combate contra el narcotráfico). El eje central de la política de pacificación fue la reversión de las condiciones sociales de extrema pobreza y marginación que sufría la población en su gran mayoría.

En su primer mensaje presidencial, inmediatamente después de jurar el cargo, el encausado Fujimori Fujimori señaló que sólo la eliminación definitiva de la injusticia y la marginación podrían acabar con la subversión. Fue lo que anunció a la Nación. Paralelamente, la situación de crisis nacional había permitido la gestación de un "plan de control de gobierno", en la perspectiva de conducir un régimen de larga duración, tal como lo admitió Vladimiro Montesinos Torres², como se precisará más adelante.

² Declaración de Vladimiro Montesinos Torres ante el Quinto Juzgado Penal Especial de fojas treinta y cuatro mil seiscientos cuarenta y uno.



15. El golpe de Estado del 05 de abril de 1992; tropas combinadas de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú dieron inicio al plan diseñado de control del orden público y de la seguridad ciudadana. El Golpe de Estado instaló un régimen que, con el apoyo de los altos mandos de la FFAA, controló con carácter absoluto el Poder Ejecutivo y el Legislativo, intervino el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. La decisión del golpe de Estado, conforme lo reconoció el encausado Fujimori en el proceso seguido en su contra por los casos "La Cantuta" y "Barrios Altos"³, la tomó a comienzos de mil novecientos noventa y dos; que con esa finalidad, días antes del cinco de abril, se reunió con Montesinos Torres, el General EP Nicolás Hermosa Ríos -Presidente del CCFFAA- y el General EP Víctor Malca Villanueva -Ministro de Defensa-, a quienes les informó que el objetivo central era la disolución del Congreso, la reforma del Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo y algunas instituciones como el Tribunal de Garantías Constitucionales y la Contraloría General de la República.

El escenario político, por consiguiente se alteró sustancialmente, se abrió una etapa de nueve meses en la que el Ejecutivo gobernó y produjo profundas transformaciones en la estructura organizativa y legal del Estado mediante Decretos Leyes, que en el aspecto de pacificación y defensa nacional fueron elaborados en el Servicio Nacional de Inteligencia en coordinación con las Fuerzas Armadas⁴. Peso a ello, la opinión pública se mostró a favor de la ruptura democrática y constitucional y concedió al nuevo gobierno del encausado Fujimori Fujimori un respaldo popular que

³ Declaración del acusado Fujimori Fujimori prestada en la sesión quinta .

⁴ Conforme se dejó establecido en el fundamento jurídico 203º, párrafo cuarto de la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N° A.V. 19-2001.



creció considerablemente. Este respaldo popular, en versión del procesado Montesinos Torres, determinó en el encausado Fujimori Fujimori llevar adelante un plan que le permitiera garantizar las reelecciones futuras y perpetuarse en el poder, ideando la creación de lo que él llamó un "Fondo de Contingencia".

No obstante lo anterior, la reacción internacional obligó al régimen que nació del autogolpe, a establecer un cronograma de retorno a la democracia que conllevó a las elecciones del Congreso Constituyente Democrático, en el cual, con el control de la mayoría legislativa le permitió administrar la transición y lograr la aprobación de un nuevo texto constitucional promulgado en Diciembre de 1993.

16. Conflicto fronterizo con la República del Ecuador. Ahora bien, para comprender el contexto en el cual se produjeron las adquisiciones de armamento bajo el uso de dispositivos secretos, se debe tener en cuenta la situación de conflicto fronterizo que se produjo entre el Perú y Ecuador. La situación que atravesaba el Perú en su frontera Norte con Ecuador entre los años 1991 a 1995-1998 era de gran tensión. En 1991 se enfrentó el incidente del Falso Paquisha que culminó con la suscripción del denominado Pacto de Caballeros.

En 1995 se evidenciaron las incursiones del Ecuador en nuestra frontera norte. El conflicto del Alto Cenepa tuvo su punto más alto entre enero y marzo de 1995. La alta tecnología adquirida por el Ecuador, para la guerra electrónica, sumado al desproporcionado desequilibrio estratégico entre las fuerzas armadas del Ecuador y la peruana, determinó que el conflicto



armado del año 1995, el Ecuador derribara dos aviones SU-22, un avión Camberra, un avión A-37 y un helicóptero MI-25 de la Fuerza Área Peruana y tres helicópteros MI-17 del Ejército Peruano, en tanto que el Perú no logró derribar ninguna aeronave ecuatoriana.

En la coyuntura de 1995 a 1998, se acentuó la necesidad de incrementar la capacidad operativa de la Fuerza Área, como uno de los componentes centrales de la estrategia disuasiva de seguridad nacional integrada a una política para alcanzar la paz con el Ecuador, dentro del marco del Protocolo de Río de Janeiro. Ante la eventualidad de un conflicto armado, el Perú aprobó una hipótesis de guerra defensiva-ofensiva, lo que significaba que el país no adoptaría la iniciativa de entrar a territorio ajeno, pero ante la eventualidad de una invasión se defendería interceptando los aviones enemigos y contraatacando para resolver estratégicamente el conflicto. Tener la capacidad, el potencial de fuerza para llevar a cabo esta estrategia defensiva-ofensiva, es lo que sustentaría su carácter disuasivo.

Es en este contexto que se emitieron disposiciones que establecían el "secreto por razones de seguridad" y se aprovecharon los ingresos obtenidos por la privatización, que fueron más de US\$ 2.235.06 millones de dólares americanos, al evidenciarse la necesidad de elevar la capacidad operativa de nuestras Fuerzas Armadas. El carácter de reserva al que se aludía bajo el argumento del "secreto militar" permitió eludir todos los niveles de control y fiscalización, en la medida de que el órgano



encargado constitucionalmente de tales funciones se hallaba sometido al régimen.

Entre los años 1990-2000 se expidieron 22 Decretos de Urgencia con carácter secreto. Estos dispositivos -como lo sostienen el Congreso de la República y el Ministerio Público-, además de contravenir el mandato constitucional que establecen la publicidad de la norma como condición esencial para su vigencia, sirvieron para mantener en la impunidad las acciones ilícitas de altos funcionarios públicos y mandos militares que tuvieron a su cargo dichas adquisiciones y transacciones, permitiéndoles coludirse con un grupo de proveedores, a quienes favorecieron a cambio de comisiones ilegales.

La Comisión Investigadora del Congreso determinó que los dispositivos secretos se tramitaron en forma abiertamente irregular, pues la mayoría de los Decretos de Urgencia Secretos que se expidieron no fueron deliberados, y menos aprobados por el Consejo de Ministros. Su elaboración y aprobación se realizó sin el cumplimiento de los requisitos constitucionales. Se firmaron sin discusión al interior del Consejo de Ministros, y a pesar de esto era incluido en la parte considerativa del texto de los decretos de urgencia aludidos. En la situación concreta bajo análisis, como se señala en el informe de la Comisión Investigadora, quienes formaban parte del Poder Ejecutivo, actuaron invocando la reiterada existencia de normas de carácter secreto en materias referidas a la defensa nacional para promulgar las disposiciones a las que asignaron el carácter de restringido que impedía su publicidad y difusión, limitando su conocimiento a un grupo muy



reducido de personas. Además, en el caso de los Decretos de Urgencia, emitidos en el periodo que es materia de investigación, la mayoría de estos fueron ocultados a la representación nacional.

17. **El poder del ex Presidente para designar al presidentes del Consejo de Ministros y Ministro de Estado.** Según el artículo 122° de la Constitución Política del Perú, el Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo de Ministros. Nombra y renueva a los demás ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo. En el régimen constitucional nacional el Presidente de la República cuenta con un notable poder como Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, quien tiene además, entre otras funciones, la administración de la hacienda pública. Este poder se extiende, obviamente, a su potestad de nombrar a los ministros de Estado y el Presidente del Consejo de Ministros, cargos públicos considerados de confianza.

A nivel doctrinario, Néstor de Buen considera que "el trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente en el interés del patrón"⁵. A su vez, Santiago Barajas Montes define al trabajador de confianza como "la persona que por razón de

⁵ DE BUEN, Néstor. Derechos del trabajador de confianza. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura - Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000, pp. 14 y 15.



jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata”⁶.

Lo anterior permite sostener que el cargo de confianza tiene particulares que lo diferencian del cargo común, tales como: a) La confianza depositada por parte del empleador; la relación laboral especial que se basa en la recíproca confianza de las partes, como fundamento de esta relación laboral especial; b) Ligazón con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata; c) El retiro de la confianza comporta la pérdida inmediata del empleo o cargo. En este sentido, los ministros de Estado y el Presidente del Consejo de Ministros, en la medida que su permanencia depende de la voluntad y confianza del Presidente de la República, se encuentran ligados de manera íntima con las decisiones del Jefe de Estado.

II.2. ANÁLISIS DEL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

18. En el presente caso, desde la propia concreción de la imputación respecto del delito de colusión desleal, centrada en la expedición de los Decretos de Urgencia que permitió utilizar parte de los recursos que se

⁶ BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Los contratos especiales de trabajo, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, Ser G. Estudios Doctrinales, Núm. 136, p.142. Formato html, Disponible en Internet: <http://www.bibliojurídica.org/libros/libro.htm?l=953>.



obtuvieron del proceso de privatización, para la adquisición irregular de los aviones MIG-29 y SUKOI 25 a la República de Bielorrusia, y 03 aviones MIG-29 a la República de Rusia, se desprende que se instituyó en el ámbito del aparato del Estado una organización delictiva integrada por el ex Presidente Fujimori Fujimori, el ex Asesor Presidencial Vladimiro Montesinos Torres y ex ministros de Estado (como se precisará más adelante), con la finalidad de crear el denominado "Fondo de Contingencia" para garantizar la perpetuidad en el poder mediante la reelección presidencial de Fujimori Fujimori, habiendo existido desde un inicio un concierto lesivo al interés de la Administración, conforme aparece de la declaración de Montesinos Torres de fojas treinta y cuatro mil seiscientos cuarenta y uno (Tomo LXXIII), quien precisó lo siguiente:

" ... es menester detallar previamente los antecedentes, la forma y circunstancias cómo el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori determinó la compra de arma, bajo la idea de generar lo que él llamó un "Fondo de Contingencia" que tendría como destino garantizarle las reelecciones futuras y su continuación en el Gobierno. [E]n el año de mil novecientos noventa y dos, el Ingeniero Fujimori asistió al Servicio de Inteligencia Nacional ..., esta reunión se produjo en el mes de mayo de mil novecientos noventa y dos, es decir, después de los sucesos del cinco de abril de ese año, y cuando nos encontrábamos en pleno Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. [...] me manifestó en esa oportunidad que era necesario la creación de un "Fondo de Contingencia" me manifestó que él, por la experiencia que tenía en el ejercicio del gobierno, había podido determinar la existencia de tres rubros que podrían permitirles <<vía comisiones>>, la generación de recursos que permitiera la implementación del llamado "Fondo de Contingencia". [...] manifestó que el tema de armamento de guerra por parte de las Fuerzas Armadas siempre generan comisiones por dichas adquisiciones. [...] me expresó que el rubro de compra de armamentos de guerra era un concepto muy importante y como este rubro estaba bajo la competencia del Ministerio de Defensa, es que me indicó que llamará al Ministro de Defensa Víctor Malca Villanueva para hablar sobre el asunto de la compra de armas recomendándome que no se tocara el tema de la privatización pues el Presidente Fujimori lo



manejaría directamente con los Ministros encargados de otras carteras. [...] el General Víctor Malca Villanueva estuvo totalmente de acuerdo con el planteamiento del Ingeniero Fujimori ..., expresándole que no se preocupara, que contaba con su total apoyo, a lo que el Ingeniero Fujimori le respondió que lo dejaría el mayor tiempo posible en el cargo de Ministro de Defensa, lo que efectivamente ocurrió, pues ejerció más de cuatro años en dicha función pública como ningún otro Ministro de Defensa lo ha hecho. Es así como se inicia esta concepción en la cual por iniciativa y de acuerdo a las órdenes de Presidente Alberto Fujimori Fujimori se produjeron la compra de los dieciocho aviones MIG Veintinueve y dieciocho aviones SUKOI Veinticinco a Bielorrusia, y posteriormente tres aviones MIG Veintinueve a la Federación Rusa ...".

19. Institución de la prueba trasladada. Esta declaración testimonial es de singular importancia, pues relata el conocimiento personal que tiene 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 este hecho delictivo. No obstante, se debe precisar que esta prueba -testifical- no se recabó en este juicio oral, sino proviene de otro proceso penal en el que Montesinos Torres se acogió a la terminación anticipada. Nuestro ordenamiento penal para este tipo de situaciones ha considerado la "prueba trasladada" como mecanismo de complementación probatoria, recurriendo a la prueba que obra en otro proceso, obviamente simultáneo o anterior con las formalidades legales.

El artículo 261° del Código de Procedimientos Penales regula el procedimiento en este tipo de prueba, estableciendo en el párrafo segundo 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 pérdidas de la



fuelle de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Es de precisar, que este tipo de prueba, obviamente, tiene que reunir ciertos requisitos para que cuente con valor y fuerza acreditativa; así debe ser practicado válidamente en el interior del proceso penal; del mismo modo, su traslado al segundo proceso debe ser pedido y solicitado en tiempo oportuno; la declaración o documento trasladado debe constar en copia autenticada. Todas estas exigencias han sido cumplidas en este caso.

De otro lado, se debe señalar 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, debe calificarse las actuaciones que podrán ser aportadas. Esto también ha sido cumplido.

En consecuencia, lo que puede calificarse de testimonial, está 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 compareciente al acto del juicio oral impide al Tribunal escuchar y ver, conforme al principio de inmediación, y a las partes, someterlas a la pertinente contradicción. Este motivo razonable también se ha cumplido, pues Montesinos Torres en su calidad de "testigo impropio" se acogió a su derecho a guardar silencio.



Desde esta perspectiva, es posible establecer la presencia de un concierto ilegal y de una defraudación al ordenamiento financiero o presupuestal del Estado que estuvo encabezado por el ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, quien determinó que la mejor forma de generar recursos destinados al "Fondo de Contingencia" era mediante la compra de armas, en las que se obtenían jugosas comisiones⁷. Así las cosas, la adquisición de los aviones para fortalecer el armamento de la Fuerza Aérea, vía Ministerio de Defensa y con los recursos provenientes de la Privatización, tuvo como único fin generar ingresos ilegales a los intervinientes en dichas adquisiciones.

20. Teniendo en cuenta lo anterior, desde el punto de vista fáctico estamos ante un verdadero acuerdo subrepticio destinado a procurar la reelección del ex Presidente Fujimori Fujimori, en el que también intervinieron los Ministros de Estado que a continuación se detallan:

- A. El encausado **JORGE CAMET DICKMAN** en calidad de Ministro de Economía suscribió el **Decreto de Urgencia N° 020-95** de fecha 20 de abril de 1995, autorizando al Ministerio de Defensa la utilización para fines de seguridad nacional, los recursos generados por la privatización de empresas del Estado, hasta el equivalente de US\$ 222'000,000.00 millones de dólares americanos, a la vez que suscribió el **Decreto de Urgencia N° 046-95** de fecha 08 de agosto de 1995, autorizando a la Dirección General del Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas a calendarizar y girar, respectivamente, al Ministerio de Defensa - Fuerza Área del Perú, la suma de S/. 67'800,000.00 millones de nuevos soles.

Asimismo, suscribió el **Decreto de Urgencia N° 001-96** de fecha 17 de enero de 1996, que autorizó utilizar recursos generados por la privatización de empresas, hasta el equivalente de S\$ 40'842,122.00 dólares americanos para fines de seguridad nacional, a la vez que suscribió el **Decreto de Urgencia N° 020-96** de fecha 10 de abril de 1996, que

⁷ Instructiva de Vladimiro Montesinos Torres ante el Quinto Juzgado Penal Especializado (Anticorrupción) 34641, tomo LXXII.



autoriza al Ministerio de Defensa a utilizar en el ejercicio 1996, los recursos generados por la privatización de Empresas del Estado, con cargo a modificaciones al cierre del Ejercicio Fiscal 1996, hasta por la suma de US\$ 146'732,401.00 millones de dólares americanos con el objeto de concluir la ejecución de los compromisos contraídos con cargo a los saldos de los D.U. 020 y 039-95

De otro lado, suscribió el **Decreto de Urgencia N° 028-96** de fecha 06 de mayo de 1996 (compra de 18 MIG-29 de segundo uso a Bielorusia), que autorizó a la Dirección General del Tesoro Público para que constituya un depósito en el Banco Exterior S.A. Panamá por la cantidad de US\$ 252'052,420.00 dólares americanos para fines de seguridad nacional, a la vez que suscribió el **Decreto de Urgencia N° 035-96** de fecha 29 de mayo de 1996, precisando que con cargo al depósito que se constituya de acuerdo a lo dispuesto por el D.U. 028, la Dirección General del Tesoro Público constituirá un Stand By Letter of Credit por la cantidad de US\$ 100'000,000.00 millones de dólares americanos.

Finalmente, suscribió el **Decreto de Urgencia N° 075-96** de fecha 16 de octubre de 1996 (compra de 18 aviones SUKOI-25 de segundo uso a Bielorusia), que autoriza a la Dirección General de Tesoro Público para que constituya un depósito en el Banco Exterior S.A. Panamá por la suma de US\$ 150'000,000.00 millones de dólares americanos para fines de seguridad nacional.

- B. El encausado **ALBERTO PANDOLFI ARBULÚ** como Presidente del Consejo de Ministros refrendó los **Decretos de Urgencia N° 20-96 y N° 035-96, N° 75-96.**
- C. El encausado **VÍCTOR DIONICIO JOY WAY ROJAS** como Presidente del Consejo de Ministros refrendó el **Decreto de Urgencia N° 052-99** de fecha 17 de agosto de 1999, que autorizó un Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio presupuestario 1999, hasta por el importe de S/. 28'900,000.00 millones de nuevos soles, equivalente a US\$ 8'500,000.00 millones de dólares americanos para dotar al Ministerio de Defensa, Ejército Peruano de helicópteros MI-17, aviones y repuestos necesarios para su mantenimiento.
- D. El encausado **JORGE BACA CAMPODÓNICO** en su condición de Ministro de Economía suscribió el **Decreto de Urgencia N° 032-98** de fecha 17 de julio de 1998 (compra de tres aviones nuevos MIG-29 a la República de Rusia), que autorizó al Ministerio de Defensa para fines de seguridad nacional, utilizar recursos generados por la privatización hasta por la suma de US\$ 126'293,000.00 nuevos soles, a la vez que suscribió el **Decreto de Urgencia N° 038-98** de fecha 21 de julio de 1998, que autorizó el uso del importe equivalente a la suma de US\$ 30'000,000.00 millones de dólares americano provenientes



de los recursos de la privatización, para la contratación de servicios, mantenimiento, repuestos para MIG-29.

E. El encausado **CÉSAR SAUCEDO SÁNCHEZ** en su condición de Ministro de Defensa suscribió los **Decretos de Urgencia N° 032-98 y N° 038-98**.

F. El encausado **CARLOS BERGAMINO CRUZ** en su condición de Ministro de Defensa suscribió el **Decreto de Urgencia N° 052-99** de fecha 17 de agosto de 1999, que fue refrendado por Joy Way Rojas.

21. COMPRA DE LOS MIG 29 Y SUKOI 25. Lo anterior no sólo se trata de conclusiones indiciarias basadas únicamente en la versión de Montesinos Torres, sino que esta afirmación se corrobora con las declaraciones brindadas tanto por los testigos Duthurburu Cubas⁸ y Venero Garrido⁹, quienes sostuvieron que la adquisición de los referidos aviones a la República de Bielorrusia se realizó por intermedio de su agente comercial BELTECHEXPORT ENTERPRISE (representada por las firmas Treves Intora Association [con sede en Suiza] y W - 21 Intertechnique [con sede en Perú]); que la empresa W - 21 estaba conformada por Luis Duthurburu Cubas, Enrique Benavides Morales, Claus Corpancho Kleinike y Moshe Rothschild Chassin, quienes de manera independiente se dedicaban a proveer material bélico a la República del Perú, sin embargo, por el monto de las comisiones en esta venta y a pedido del entonces Ministro de Defensa Víctor Malca Villanueva, decidieron unirse para proveer al Perú de armamento que requería; así, también, la empresa W - 21, por decisión de los cuatro socios mencionados, de manera formal estaría representada únicamente por Moshe Rothschild Chassin, lo cual se debió a su experiencia como piloto israelí y su cercanía con el entonces Ministro de Defensa Malca Villanueva; que "el

⁸ Sentencia de Colaboración Eficaz obrante a fojas 36455, tomo LXXVII (oralizada en sede plenaria en la sesión del 26 de agosto de 2011), testimonial a fojas 41871 y lo declarado en sede plenaria en la sesión del 24 de junio de 2011.

⁹ Testimonial de fojas 41899 y lo declarado en sede plenaria en la sesión del 09 de junio de 2011.



Grupo de Socios" constituyó en Bahamas la empresa *Offshore* bajo la denominación TREVES INTORA ASOCIATION LTD, esto es, con una denominación casi idéntica a la anterior (Treves Intora Association con sede en Suiza), adquiriendo una cuenta mancomunada con la autorización de los cuatro socios Duthurburu, Corpancho, Rothschild y Benavides en el Banco Exterior de Panamá a nombre de dicha empresa; que los pagos que hizo la República del Perú por la compra de los MIG 29 y SUKOI 25 fueron canalizados a través de la cuenta abierta en el Banco Exterior de Panamá, monto de los que se extrajo un aproximado de 17 millones de dólares americanos para otorgárselos a Vladimiro Montesinos, los que fueron a parar en el "Fondo de Contingencia".

22. Los encausados Camet Dickmann y Pandolfi Arbulú suscribieron y refrendaron los Decretos de Urgencia secretos con los que se estableció la disponibilidad de los recursos provenientes de la Privatización, a la vez que se dispuso de dichos fondos utilizando como pretexto la Seguridad Nacional, en razón a que el ex Presidente de la República Alberto Fujimori como Jefe del Consejo de Ministros había concebido la idea de crear un "Fondo de Contingencia" para lograr perpetuarse en el Poder mediante la reelección Presidencial, conforme a la versión brindada por Montesinos Torres en su declaración de fojas treinta y cuatro mil seiscientos cuarenta y uno, en la que señaló que frente a la oferta que había llegado a la Fuerza Aérea para la venta de los aviones, apareció la empresa W-21, cuyo representante legal es Moshe Rothschild Chassin, quien tenía la representación de los Bielorrusia para la venta de los aviones MIG 29; por ello el Ingeniero Fujimori dispuso que viaje a Bielorrusia el Ministro de Economía Camet Dickman a efectos de que negociara la parte económica; que la tarea que tenía el Ministro



Camet era lograr una rebaja en el precio y encontrándose en Bielorusia, luego de las conversaciones pertinentes y las tratativas del caso se firmó el documento entre Moshe Rothschild Chassin representando a la parte de Bielorusia y el Ministro Camet representando a la parte peruana, ~~estableciéndose en el mismo documento el monto de la rebaja~~ conseguida en el precio, encontrándose presente cuando el señor Camet llamó al Ingeniero Fujimori para darle cuenta del resultado de su viaje; agrega que por versiones del propio Presidente Fujimori hechas a su persona, el mismo Moshe Rothschild había hecho gran amistad con el Ministro Camet y con el Vice Ministro Alfredo Jaillie, a quienes le había dado su comisión por su participación en el tema de los MIG, la comisión que correspondió por esa primera venta de los dieciocho aviones MIG-29 ascendió al monto de seis millones de dólares, de los que dio cuenta al Presidente Fujimori, quien le ordenó que ese dinero lo remitiera a la cuenta que tenía a su nombre en Suiza para el llamado "Fondo de Contingencia"; que, de otro lado, la comisión que generó la compra de los aviones SUKOI-25 y que le fuera entregada de manera progresiva por Alberto Venero Garrido, ascendió a la suma de tres millones de dólares y conformó el "Fondo de Contingencia", precisando que al Ministro de Defensa Malca Villanueva, al Comandante General y a todos y cada uno de los miembros de la Fuerza Aérea que han intervenido en esta operación, han recibido una comisión; asimismo, el Presidente Fujimori igualmente le refirió de que el Ministro Jorge Camet Dickmann y el Viceministro Alfredo Jaillie habían recibido comisión de parte de Moshe Rothschild por toda su participación y por las facilidades que brindaron desde el Ministerio de Economía asignando los recursos presupuestales al Ministerio de Defensa, incluso le refirió que el citado Moshe Rothschild los visitaba frecuentemente en las propias instalaciones del Ministerio de Economía; igualmente precisa que hubo



un paquete adicional para la compra de un "kit" de repuestos y mantenimiento de las citadas aeronaves, por este tercer punto Alberto Venero Garrido le entregó un millón de dólares, de lo que también dio cuenta al Ingeniero Fujimori; así también el Ingeniero Fujimori determinó ~~que se compraran a la Federación Rusa en el año mil noventa y ocho~~ tres aviones nuevos MIG-29, y en esta ocasión el Presidente Fujimori dispuso que intervinieran James Stone Cohen y Zwi Sudit Wasserman en dicha venta representando a la firma ROOZWUYENA de la Federación Rusa, ello porque dichas personas habían sido las que ayudaron a la apertura de las cuentas del "Fondo de Contingencia"; en esta operación intervino como Ministro de Defensa el General César Saucedo Sánchez; por esta operación James Stone Cohen y Zwi Sudit Wasserman abonaron directamente a las cuentas en Suiza del llamado "Fondo de Contingencia" la suma de cinco millones de dólares.

23. Estos hechos evidencian que el encausados Camet Dickmann tuvo conocimiento del plan general del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori (consolidación del Fondo de Contingencia), por lo que es responsable por el delito de colusión desleal; así también, por la forma de manejo que tenía el ex Presidente con los Ministros, en tanto que el encausado Pandolfi Arbulú en su calidad de Premier firmó los decretos de urgencia que permitieron la compra sobrevaluada de los aviones MIG y SUKOI, perjuicio del Estado Peruano. Se afirma que los aviones comprados a la República de Bielorrusia estaban sobrevaluados debido a la exorbitante comisión conseguida por la empresa W - 21, lo que les permitió entregar cerca de 17 millones de dólares americanos a Vladimiro Montesinos Torres, los que fueron a parar en el "Fondo de Contingencia".



24. Esta pluralidad de causalidades otorga fuerza acreditativa para inferir con toda corrección lógica, que el ex Presidente Fujimori Fujimori y los ex ministros de Estado que suscribieron los Decretos de Urgencia concertaron fraudulentamente en la compra de los aviones MIG-29 y SUKOI 25 con ~~la finalidad~~ obtener comisiones ilícitas ~~destinados~~ denominados "Fondo de Contingencia". El parámetro para distinguir la coautoría de la complicidad en un hecho concreto, no radica en si la actuación pudo ser cumplida por otro sujeto, pues lo que se valora no es la posible intervención de otra persona, sino la que le cabe por la propia; esto es, al hacer el juicio de responsabilidad, la prescindibilidad de la acción no se analiza en términos abstractos, sino en el caso concreto. De este modo, conforme lo señala la doctrina, "cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo"¹⁰.

25. Es en este sentido que, de conformidad con el cuadro fáctico que se tiene por acreditado, no cabe duda que los encausados Camet Dickmann, Pandolfi Arbulú, Baca Campodónico y Saucedo Sánchez cumplieron actuaciones como autores, pues concurrieron eficazmente en la suscripción y refrendo de los Decretos de Urgencia de carácter secretos que se utilizaron para dar una aparente cobertura legal al uso de los recursos de la privatización en la compra de los aviones MIG-29 y SUKOI-25, que se gestó para obtener comisiones ilícitas que fueron depositados en el denominado "Fondo de Contingencia". Una norma que sólo pretende dar una "cobertura legal" a la comisión de un hecho ilícito constituye un supuesto de "criminalidad gubernativa", cuya característica definitoria como recalca DIEZ PICAZO, radica en que, bien para cometer delito, bien para evitar que sea investigado sus autores

¹⁰ BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal", Parte General. Madrid. Akal. 1990, p.228.



pueden disponer de medios jurídicos, económicos, humanos y tecnológicos que son privativos del Estado¹¹. La utilización con una finalidad ilícita de un Decreto de Urgencia, esto es, para dar una aparente cobertura legal a conductas antijurídicas, no puede aceptarse bajo ningún punto de vista. Pensar en contrario sería admitir en buena cuenta que el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros y los ministros de Estado pueden utilizar su poder de dictar normas para lograr sus fines ilícitos, lo cual es incompatible con los principios que inspiran la Constitución e incongruente con la esencia de un Estado Constitucional.

26. En efecto, el cuadro fáctico que se tiene acreditado en lo atinente a los hechos mencionados, evidencian que los encausados Camet Dickman, Pandolfi Arbulú, Baca Campodónico y Saucedo Sánchez intervinieron activa y directamente en la expedición y cumplimiento del plan gestado por el ex Presidente Fujimori para hacerse de lo que él denominó un "Fondo de Contingencia" con los recursos obtenidos por la privatización de las empresas del Estado, al haber suscrito y refrendado como Ministros y Presidente del Consejo de Ministros, respectivamente, los Decretos de Urgencia con carácter secreto que permitió obtener comisiones ilegales en la compra de los aviones MIG-29 y SUKOI-25 y contratación de servicios, mantenimiento y repuestos, en los que se consignaron falsamente que se expedieron con el voto aprobatorio del Consejo Ministros; hechos que por sí mismos ya constituyen el núcleo del tipo penal que se examina.

¹¹ DIEZ-PICAZO, Luis María: La criminalidad de los gobernantes, Editorial Crítica, Barcelona, 1996, página 13.



27. Al respecto, es de precisar que ante la dificultad que implica la averiguación de la finalidad del sujeto activo, puesta ésta muchas veces permanece en reserva, la forma homogénea de realización de las acciones es revelatoria de una misma finalidad. En el presente caso, ~~de la relación de los hechos descritos anteriormente, se desprende~~ evidentemente la participación como autores de los citados encausados, pues en el caso de estudio, se encuentra probado que hubo una intervención causal clara en la realización del plan gestado por el ex Presidente Fujimori Fujimori; tan es así que sin aquélla intervención el objetivo previsto (hacerse de comisiones ilegales para destinarlos al denominado "Fondo de Contingencia") no se hubiese concretado.

28. En palabras de Schüneman¹², el criterio de autor (directo, mediato o coautor) en los delitos especiales debe ser buscado en la relación de dominio sobre el suceso o sobre el riesgo (delitos especiales de garantía) que en este caso resulta tipológicamente equiparable al dominio del hecho de los delitos comunes de comisión. Según su opinión, la razón de ser de los distintos deberes especiales presentes en estos delitos sería la especial lesionabilidad del bien jurídico con respecto al autor descrito en el tipo (*intraneus*). Por su especial posición social, el *intraneus* ejercería un dominio sobre la falta de protección o desamparo del bien jurídico o de la víctima.

29. Distintas son las posiciones en la doctrina sobre el fundamento del injusto de los delitos de colusión desleal. La doctrina peruana se encuentra dividida. Por un lado se reconocen aquellos que

¹² GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "Los Delitos Especiales. EDISOPER-B de F, Buenos Aires, 2007. Pág. 202.



identifican un bien jurídico de carácter colectivo o difuso. Entre estos encontramos a Abanto Vásquez que considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio administrado por la Administración Pública y, adicionalmente, la legalidad del ejercicio funcional¹³. En sentido semejante se pronuncian Frisancho Aparicio, Ángeles González y Castillo Alva cuando sostienen que la colusión ilegal protege el patrimonio del Estado o los intereses patrimoniales de la Administración¹⁴.

30. Frente a esta posición encontramos aquellas que postulan un bien jurídico identificado con el deber especial de lealtad institucional y probidad funcional que corresponde a los funcionarios públicos. En esta perspectiva encontramos a Percy García Cavero quien refiere que "el bien jurídico protegido por el delito de colusión desleal encuentra su fundamento en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos"¹⁵. En ese sentido, el autor considera que la vulneración de este bien jurídico se producirá por el irregular desempeño funcional del funcionario público.

31. La jurisprudencia nacional se inclina por una posición mixta¹⁶. Así, se ha dejado establecido que el delito de **COLUSIÓN ILEGAL** -que es un delito de infracción del deber-, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado. El delito de colusión exige que el funcionario público defraude al Estado

¹³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Delitos contra la Administración Pública". Palestra. Lima, 2003. Pág. 309.

¹⁴ FRISANCHO APARICIO, Manuel y ÁNGELES GONZÁLES, Fernando. "Código Penal". Comentado - concordado - anotado. Jurisprudencia. Ediciones Jurídicas. Lima, 1998. Pág. 3240 y CASTILLO ALVA, José Luis. "Colusión ilegal". En: El delito de colusión. Ed. Grijley Loly Portocarrero. Lima, 2008. Pág. 77 y sgtes.

¹⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. "Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal". En: El delito de colusión. Grijley. Lima, 2008. Pág. 21.

¹⁶ Ejecutoria Suprema del 15 de febrero del 2005 R.N. N°79-2003 y Ejecutoria Suprema del 24 de mayo de 2006 R.N. N° 2029-2005.



concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales, de ahí que se trata de un delito de resultado, cuyo desvalor de acción supone la realización de un concierto fraudulento.

En ese contexto, el delito de colusión ilegal, contempla como núcleo rector típico el "defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros"; entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado.

En ese sentido, el delito de colusión ilegal supone la infracción de los deberes de lealtad y probidad inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial por parte del funcionario o servidor público, que tienen el deber de actuar con veracidad durante el ejercicio funcional.

32. No cabe duda que los encausados Camet Dickmann, Pandolfi Arbulú, Baca Campodónico y Saucedo Sánchez infringieron aquellos deberes de lealtad y probidad, al haber dado lugar mediante la dación de los Decretos de Urgencia de carácter secreto a que se materialice el plan concebido por el ex Presidente Fujimori de utilizar los recursos provenientes de la privatización en la adquisición de los aviones MIG-29 y SUKOI-25, contratación de servicios, mantenimiento y repuestos, que le permitiría obtener comisiones ilegales destinados al denominado "Fondo de Contingencia" ideado para perpetuarse en el poder mediante la reelección presidencial.

II.3. ANÁLISIS DEL DELITO DE FALSEDAD IDEOLÓGICA

33. La conducta prohibida por el delito de falsedad ideológica recae, exclusivamente, sobre el contenido de representación del documento,



sin que se modifique ni imiten para nada los signos de autenticidad; es decir, se trata de un documento cuya forma es verdadera, así como sus otorgantes, pero que contiene declaraciones falsas sobre hechos cuya prueba está destinado. En el documento se hacen aparecer como verdaderos, o reales, hechos que no han ocurrido, o se han figurado sucesos que han acaecido de un modo determinado, como si hubiesen sucedido de otro diferente¹⁷. Así, las conductas de falsedad ideológica no afectan a la *función de garantía* del documento, puesto que no impiden la identificación del otorgante u otorgantes, sino sólo su *función probatoria*, al haberse producido una inveracidad de las declaraciones contenidas en el documento¹⁸. El potencial perjuicio es uno de los elementos típicos del delito de falsedad ideológica, la que se expresa cuando señala "si de su uso puede resultar algún perjuicio"; que la realización de una prognosis de perjuicio es válido sólo para aquellos documentos que no fueron usados, en tanto que para los documentos que fueron usados no es necesaria la realización de una prognosis, sino que se debe analizar si dicho documento causó perjuicio.

34. Que en el presente caso, la imputación concreta por este delito es que los encausados Saucedo Sánchez y Baca Campodónido, en su entonces calidad de Ministros de Estado, suscribieron los Decretos de Urgencia N° 032-98 y 038-98, en las que se consignaba que la dación de dichos decretos era con la "**aprobación del Consejo de Ministros**", lo que en realidad no ocurrió, con lo que se configura la conducta de insertar datos falsos en un documento público; por otro lado, dicha inserción causó diversos perjuicios, por un lado, no permitió el control por

¹⁷ CREUS, Carlos: Falsificación de documentos en general, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, página 131.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y otros: Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Ediciones Atelier, Barcelona, 2006, página 294.



parte de los demás Ministros de Estado, por otro, propició la contratación de servicios, mantenimiento y repuestos para los aviones MIG 29, en la que los intermediarios obtuvieron cuantiosas ganancias en comisiones, es decir, en el presente caso, el perjuicio para el Estado Peruano se expresó en términos económicos.

→ 35. Que, siendo así, este Tribunal Juzgador encuentra responsables penalmente a los encausados Baca Campodónico y Saucedo Sánchez por la comisión del delito de falsedad ideológica en perjuicio del Estado.

II.4. ANÁLISIS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

36. El encausado SAUCEDO SÁNCHEZ, en su condición de Ministro de Defensa, bajo una compleja estructura organizada y dirigida desde el aparato estatal por su máxima autoridad, el Ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, para disponer en forma fraudulenta de los Fondos de la Privatización hacia el Ministerio de Defensa y a los Institutos Armados, aprovechando la coyuntura de los proceso bélicos y post bélicos, en concierto con su ex Ministro de Economía y Finanzas, Baca Campodónico, participaron en la expedición en un conjunto de Decretos de Urgencia Secretos con la finalidad de aprobar la disposición y utilización de los fondos de la privatización; contando con la activa participación también del procesado Víctor Caso Lay en su Condición de Contralor General de la República, quien otorgó visos de aparente legalidad a la adquisición de material bélico realizada mediante decretos de urgencia facilitando con ello el cumplimiento de



los objetivos constituyéndose el delito de asociación ilícita para delinquir.

37. Que, según el Art. 317° del Código Penal, el componente básico del delito de asociación ~~ilícita para delinquir~~ es "formar parte de una agrupación ... destinada a cometer delitos"; que la Corte Suprema¹⁹ tuvo ocasión de pronunciarse respecto a los componentes típicos del delito analizado; señaló de forma categórica que "el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación"; en tanto que la organización criminal debe presentar las siguientes características: (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas.

38. Que, antes de analizar la conducta de cada uno de los implicados por este delito, se determinará si existió o no una organización criminal destinada a cometer delitos en perjuicio del patrimonio del Estado; como se viene señalando en una conversación que tuvo el testigo impropio Montesinos Torres con el ex Presidente Fujimori Fujimori, luego de los hechos acaecidos el 05 de abril de 1992, la compra de armas generaba grandes comisiones, por lo que el ex Presidente Fujimori Fujimori se encargaría de tratar el tema con los Ministros de Estado (hecho probado), para así, trasladar los fondos de la privatización a un "fondo de contingencia" que permita prolongar su estadía en el cargo; que este hecho previo y el posterior desenlace del traslado de los fondos de la privatización, sin la aprobación del Consejo de Ministros ni dar cuenta al Congreso de la República, y efectiva compra fraudulenta de aviones y pertrechos a Bielorrusia y Rusia evidencian la conformación de una organización criminal destinada a aprovecharse de los fondos de la

¹⁹ Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116.



privatización; que en cuanto a la organización interna del colectivo criminal, tenemos que existió un reparto de funciones de los integrantes, así, desde los Ministerios vinculados con los fondos de la privatización se habilitó el uso de dicho fondo, los requerimientos para la compra de las armas y pertrecho ~~se generaba~~ en el propio Ministerio de Defensa, desde la Contraloría General de la República se otorgaba visos de legalidad a las operaciones fraudulentas; que en lo referente a la permanencia o estabilidad del colectivo criminal, ésta se evidencia con la larga actividad que tuvo éste, las diversas compras que se efectuaron y la duración misma de las compras fraudulentas; en cuanto al número mínimo de integrantes, tenemos que el grupo está conformado por diversos funcionarios que de manera coordinada propiciaron las compras fraudulentas.

39. Que la intervención de los encausados Baca Campodónico y Saucedo Sánchez en el colectivo criminal se presenta [en el marco de la compra de los 3 aviones MIG 29 nuevos a Rusia] en la compra de los servicios, mantenimiento y repuestos a Rusia para repotenciar los aviones adquiridos a Bielorrusia [MIG 29 y SUKOI 25] realizados en el año 1998, suscribiendo los Decretos de Urgencia N° 032-98 y N° 038-98; que si bien podría decirse que la sola suscripción de dichos decretos no los incluye en el colectivo criminal, sin embargo, no es sólo la suscripción de los referidos Decretos, sino también, la suscripción fraudulenta insertando datos falsos en dichos Decretos, la falta de control del contenido de los Decretos, la negociación previa en la compra de los MIG 29 nuevos y los servicios [en el caso del encausado Saucedo Sánchez], así como la falta de control posterior de dichas adquisiciones, lo que permite afirmar que dichos encausados se insertaban en una organización criminal que estaba defraudando al Estado.



40. Que, empero, en los alegatos de la defensa técnica del encausado Baca Campodónico solicitó se le dé el mismo tratamiento a su patrocinado que al encausado Joy Way Rojas, a favor de quien se declaró fundada la excepción de cosa juzgada por el delito de asociación ilícita para delinquir en perjuicio de la sociedad; que de la revisión del expediente principal, efectivamente, a fojas 49746, obra la resolución que declaró fundada la excepción de cosa juzgada a favor de Joy Way Rojas por dicho delito, apreciándose que en el Exp. A.V. 09-2001, se procesó al encausado Baca Campodónico por la conformación de esta misma asociación ilícita para delinquir en la que se declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra Baca Campodónico y Joy Way Rojas por el delito de asociación ilícita; en consecuencia se advierte que ambos se encuentran en la misma situación jurídica respecto a dicho delito.

41. Que, asimismo, la defensa técnica del encausado Caso Lay, en sus alegatos finales, solicita se declare fundada la excepción de prescripción a favor de su patrocinado por el delito de asociación ilícita para delinquir; que el encausado Caso Lay fue Contralor General de la Republica durante 7 años, desde Junio de 1993 al 28 de Junio del 2000, por lo que fue en ese entonces que cesó su permanencia en la organización criminal, tomándose como punto de partida esta última fecha para el cómputo de la prescripción; que a este punto debe tenerse en cuenta los fundamentos contenidos en la resolución de fojas 49734 del expediente principal (con el voto discordante del señor Santa María Morillo); se advierte que desde la fecha que dejó el cargo el encausado Caso Lay hasta la fecha ha transcurrido once años y tres meses, sin embargo, se debe descontar el tiempo que duró el *Antejudio Constitucional*, es decir, veintidós meses y dos días; en consecuencia, efectivamente a la fecha ha transcurrido 9 años y 5 meses de



prescripción extraordinaria, en tanto que el plazo de prescripción extraordinaria señalada para el delito de asociación ilícita para delinquir es de 9 años, por lo que se declara fundada la excepción deducida.

42. Que, siendo así, encontramos responsabilidad penal en la conducta del encausado Saucedo Sánchez por la comisión del delito de asociación ilícita para delinquir en perjuicio de la sociedad.

II.5. ANÁLISIS DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

43. Que la imputación concreta por el delito de **malversación de fondos** es que los encausados Baca Campodónico, Saucedo Sánchez, Joy Way Rojas y Bergamino Cruz asignaron a los fondos de la privatización a fines distintos a los señalados en la Ley de Privatización, la que generó una erogación presupuestal significativa, determinándose que el encausado contumaz Caso Lay no cumplió con su función de verificación o control de los gastos públicos; que estas desviaciones de fondos se produjeron mediante la suscripción de los Decretos de Urgencia N° 032-98 (suscrito por los encausados Baca Campodónico y Saucedo Sánchez) y N° 052-99 (suscrito por los encausados Joy Way Rojas y Bergamino Cruz). Que como producto de la dación del Decreto de Urgencia N° 032-98, del 17 de julio de 1998, se autorizó al Ministerio de Defensa para los fines de **seguridad nacional**, utilizar recursos generados por la privatización hasta por la suma de 126'293,000.00 dólares americanos; que mediante el Decreto de Urgencia 052-99 se autorizó al Ministerio de Defensa la utilización de 8'000,000.00 dólares americanos de los fondos generados por la privatización, para el cumplimiento de las tareas encomendadas en la Frontera con Ecuador, para la **Lucha**



Contrasubversiva en las actividades de acción cívica, en la recuperación de los desastres naturales ocasionados por El Fenómeno del Niño y en el desarrollo de las Fronteras Vivas, en particular de la Selva del país.

44. Que si bien los recursos provenientes de la privatización pudieran haber sido utilizados de manera ilícita, sin embargo, en lo concerniente al delito de malversación de fondos público dichas circunstancias no tienen relevancia, pues son actos totalmente distintos. En una, se establece la disponibilidad de los fondos de la privatización que ya estaban asignadas a finalidades específicas, es decir, lucha contra la pobreza y pacificación nacional (malversación); en otra, se dispuso efectivamente de los fondos provenientes de la privatización en la compra de aviones y pertrechos para la Fuerza Aérea del Perú y el Ejército Peruano, en las que se defraudó al Estado peruano (colusión desleal).

45. Que, en este marco, el delito de malversación de fondos está tipificado en el Art. 389° del Código Penal en los siguientes términos: "el funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una **aplicación diferente** de aquella a la que están destinados..."²⁰. Así, para una correcta interpretación de este tipo penal debemos señalar que el bien jurídico protegido es **preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos**²¹, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo del dinero y bienes; en suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio.

²⁰ Código Penal de 1991 antes de la modificatoria hecha por Ley N° 27151, publicada el 07 de julio de 1999.

²¹ Ejecutoria Suprema del 23 de enero de 2003, recaída en el R.N. 3630-2001 / UCAYALI.



46. Que la Ley de Privatización en su Quinta Disposición Complementaria Transitoria Final señala que "los recursos que se obtengan deberán destinarse al desarrollo de programas orientados a la **erradicación de la pobreza y a la pacificación del país**".

Entendemos que esta disposición transitoria no menciona destinos específicos ni partidas presupuestales específicas, pues constituye una expresión vaga y genérica (*omnicomprensiva*) que alude sólo a una política de gobierno, mas no concretiza el destino de los fondos a un gasto individual concreto y específico. Siendo que la lucha contra la pobreza se puede materializar desde el Ejército Peruano, transportando donaciones para los sectores más necesitados; desde el Ministerio de Vivienda, mediante un programa de asignación de viviendas a favor de los segmentos de extrema pobreza; desde el Ministerio de Trabajo, a través de un programa de empleo para las provincias más olvidadas. Por otro lado, tenemos la finalidad contenida en la "**pacificación del país**", si partimos de la fecha de elaboración de la Ley de Privatización (septiembre de 1991) la interpretación correcta tendría que ser restrictiva, **abarcando únicamente la seguridad interna del país**, esto es, lucha contra el terrorismo (Sendero Luminoso) y narcotráfico, sin embargo, desde una perspectiva evolutiva "*la pacificación del país*" **comprende tanto la seguridad interna como seguridad externa**. En este contexto, habilitar los fondos de la privatización para la compra de los aviones y pertrechos militares no constituye delito de malversación, pues dotando de servicios, mantenimiento y repuestos a los aviones MIG 29 se cumple el presupuesto tanto de la seguridad interna y externa, como efectivamente ocurrió; a esta conclusión también contribuye la falta de perjuicio que causa el desvío de los fondos programados, pues por la inexistencia de programas específicos y pliego presupuestal, hace



imposible determinar el sector afectado con lo que no podría identificarse a los perjudicados materialmente con la habilitación de los fondos de la privatización para la compra de las aeronaves y su repuesto.

47. Que, siendo así, corresponde absolver a los encausados Fujimori Fujimori, Baca Campodónico, Saucedo Sánchez, Joy way Rojas, Bergamino Cruz y Caso Lay de la acusación fiscal formulada en su contra por el delio de malversación de fondos públicos.

II.6. ANÁLISIS DEL DELITO DE SUPRESIÓN, DESTRUCCIÓN U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTOS.

48. Que la imputación fiscal es que el encausado Joy Way Rojas ocultó el Decreto de Urgencia N° 052-99, el que estuvo bajo su responsabilidad y ámbito de dominio; sin embargo el Oficio N° 341-2001-SCM-PR²², del 25 de julio de 2001, da cuenta de la existencia del referido Decreto de Urgencia y que la autógrafa siempre estuvo en los archivos pertinentes, por lo que con este medio probatorio se acredita que no hubo ocultamiento ni supresión de documento.

²² Obrante a fojas 36867.



PARTE TERCERA

III.1. DETERMINACIÓN DE LA PENA

49. La determinación de la pena es una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto (FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. En: *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. Enero, dos mil siete, página nueve), debiendo asumirse la determinación de la pena del sistema mixto, porque subsume al sistema francés, que establecía penas fijas absolutamente determinadas por el legislador y el anglosajón que deja amplio arbitrio al juez para fijar la pena, en su vertiente de la advertencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, donde el juez debe considerar en su labor de individualización de la pena (GARCÍA Cervero, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Lima, Editorial Grijley, Tomo I, dos mil siete, página novecientos catorce); en ese sentido, la determinación de la pena se realiza conforme a los fines de la misma, siendo importante resaltar la teoría de la prevención general positiva, que implica asumir como criterio de determinación de la pena el hecho delictivo; por lo que, el quantum de la pena impuesta debe ser proporcional al hecho delictivo realizado.

50. Desde esa perspectiva y considerando los hechos delictivos realizados la proporcionalidad se estructura de acuerdo a los siguientes criterios: **i)** gradualidad de la lesión del bien jurídico y del deber jurídico positivo (total o parcial); **ii)** calidad del riesgo no permitido concretado en el resultado; **iii)** el nivel del conocimiento de la transgresión del riesgo



no permitido; **iv)** el grado de intervención en la realización de los hechos; y **v)** los factores culturales y de educación.

51. En ese sentido, los encausados Camet Dickmann y Pandolfi Arbulú son culpables por el delito de colusión desleal, el encausado Baca Campodónico es culpable de la comisión de los delitos de falsedad ideológica y colusión desleal, y el encausado Saucedo Sánchez es responsable penalmente por los delitos de colusión desleal, falsedad ideológica y asociación ilícita para delinquir, proporcionalmente al hecho cometido les correspondería la pena privativa de libertad de seis años.

52. Habiéndose determinado la pena en virtud de la proporcionalidad del hecho, corresponde advertir la presencia de una atenuante que afectará el primer nivel de determinación de la pena; al respecto, tenemos que el proceso comenzó el 08 de septiembre de 2003, produciéndose un retardo significativo del proceso penal, lo que ha conllevado a la demora de la emisión de la decisión de la presente Instancia para determinar la situación definitiva de los encausados, retraso injustificado no imputable a ellos, generándose de esa manera una causa de atenuación *ex - lege* por vulneración del precepto constitucional (artículo ciento treinta y nueve, numerales tercero y décimo cuarto de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo ocho, numeral primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) que contiene al plazo razonable de investigación, conforme ha sido establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el asunto Eckle, del quince de julio de mil novecientos ochenta y dos, donde se señaló que "cuando se acredita un supuesto de dilación indebida una de las formas reparatorias es la atenuación proporcionada y excepcional de la pena en función a los daños sufridos por duración excesiva del procedimiento penal".



53. En ese sentido, sobre la pena determinada proporcionalmente, por efectos del retardo en la culminación del proceso penal, debe rebajársele la pena a los encausados, siendo el caso que la rebaja debe ser de un año de pena privativa de libertad; por cuanto, fueron ocho años en los que ~~estuvieron~~ en una situación jurídica indeterminada; por lo que les corresponde cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por un periodo de tres años, bajo reglas de conducta.

III.2. REPARACIÓN CIVIL

54. La acción civil es independiente de la acción penal, y esa independencia tan evidente se opone a cualquier consideración que vincule a ambas más allá de su tramitación conjunta cuando la ley lo autoriza (*Asencio Mellado, José María. La acción civil en el proceso penal, el salvataje financiero, Lima, Ara, dos mil diez, página cuarenta y tres*); en ese sentido, la respuesta judicial a la acción civil nunca lo es de carácter penal, sino civil, la cual consiste en una restitución, en una reparación o en una indemnización, siendo el caso que los dispositivos legales que regulan su contenido, consignados en el Código Penal, responden a la naturaleza de una norma civil, de responsabilidad extracontractual; en ese sentido, la determinación de la reparación civil gira en torno al daño causado.

55. En el presente caso, la comisión de los delitos ha generado daños a los fondos públicos, por lo que para reparar el mismo se debe fijar un monto adecuado y proporcional, es decir, cincuenta millones de soles, monto que deberá ser pagado en forma solidaria por todos los condenados, tal como lo solicitó el representante del Ministerio Público en su acusación escrita y requisitoria oral.



DECISIÓN

56. Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la Nación y con el criterio de conciencia que la Ley autoriza, habiendo planteado, discutidas y votadas las cuestiones de hecho que corren en pliego aparte, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República;

FALLAN:

- I. Declarando: **FUNDADA** la excepción de cosa juzgada deducida por la defensa del encausado Jorge Francisco Baca Campodónico por el delito de asociación ilícita para delinquir en agravio de la sociedad.
- II. Declarando **FUNDADA** la excepción de prescripción deducida por la defensa del encausado contumaz Víctor Enrique Caso Lay por el delito de asociación ilícita para delinquir en agravio de la sociedad.
- III. **ABSOLVIENDO** a Jorge Francisco Baca Campodónico, César Enrique Saucedo Sánchez, Víctor Dionicio Joy Way Rojas, Carlos Alberto Bergamino Cruz, Víctor Enrique Caso Lay y Alberto Fujimori Fujimori de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de malversación de fondos en perjuicio del Estado.
- IV. **ABSOLVIENDO** a Víctor Dionicio Joy Way Rojas de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de supresión, destrucción u ocultamiento de documento en agravio del Estado.
- V. **CONDENANDO** a Jorge Camet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú, Jorge Francisco Baca Campodónico y César Enrique Saucedo Sánchez como autores del delito de colusión desleal en perjuicio del Estado.



- VI. CONDENANDO** a Jorge Francisco Baca Campodónico y César Enrique Saucedo Sánchez como coautores del delito de falsedad ideológica en agravio del Estado.
- VII. CONDENANDO** a César Enrique Saucedo Sánchez como autor del delito de asociación ilícita para delinquir en agravio de la sociedad.
- VIII. IMPONIENDO** a Jorge Comet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú, Jorge Francisco Baca Campodónico y César Enrique Saucedo Sánchez 4 años de pena privativa de libertad, la misma que se suspende por el periodo de prueba de 3 años, condicionada bajo las siguientes reglas de conducta: **a)** no ausentarse del lugar de residencia sin previa autorización del Juez; **b)** comparecer personal y obligatoriamente al local del Juzgado para informar y justificar sus actividades, cada fin mes; **c)** reparar los daños ocasionados por el delito, salvo que demuestre que se encuentra imposibilitado de hacerlo.
- IX. IMPUSIERON** a Jorge Comet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú, Jorge Francisco Baca Campodónico y César Enrique Saucedo Sánchez tres años de inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo treinta y seis del Código Penal.
- X. FIJARON** en cincuenta millones de nuevos soles, el monto que por concepto de reparación deberán abonar los condenados, en forma solidaria, a favor del Estado.
- XI. MANDARON** que firme que sea la presente sentencia se inscriba en el Registro respectivo y se remitan los testimonios y boletines de condena; y hecho se envíe el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines legales correspondientes. Hágase saber en audiencia pública y tómesese razón donde corresponda; **ORDENARON** que se anulen los antecedentes policiales y judiciales



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL ESPECIAL

EXP N. A.V. 27-2003

generados como consecuencia del presente proceso, respecto a Jorge Francisco Baca Campodónico y Víctor Enrique Caso Lay, por los delitos de malversación y asociación ilícita para delinquir; en cuanto a Víctor Dionicio Joy Way Rojas por los delito de supresión, destrucción u ocultamiento de documento y malversación de fondos; en lo referente a César Enrique Saucedo Sánchez, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Alberto Fujimori Fujimori por el delito de malversación de fondos. Así, también, DISPUSIERON: la reserva del juzgamiento en cuanto a los encausados Alberto Fujimori Fujimori y Víctor Enrique Caso Lay.

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

SANTA MARÍA MORILLO, D.D.

Erika E. Ayala Miranda
Secretaria
Sala Penal Especial de la Corte Suprema