

CRONICA JUDICIAL: El Caso de los ex ministros fujimoristas Camet Dickman, Baca Campodónico y otros

I. HECHOS RELEVANTES

De acuerdo con la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República de 22 de setiembre de 2011, y la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria de la misma Corte de 25 de mayo de 2012, los hechos que se imputan a los ex ministros de Estado Jorge Camet Dickman, Jorge Baca Campodónico, Cesar Saucedo Sánchez y Alberto Pandolfi Arbulú se relacionan con las irregulares adquisiciones sobrevaluadas de aviones MIG-29 y SUKOI 25, y pertrechos militares con la finalidad de obtener comisiones ilícitas para que sean destinadas, por intermedio de Vladimiro Montesinos Torres, al denominado “Fondo de Contingencia” del régimen fujimorista. En específico, se reprocha a los ex ministros antes mencionados, haber suscrito o refrendado Decretos de Urgencia con carácter secreto -en los que se consignaron falsamente que se expidieron con el voto aprobatorio de Consejo de Ministros- que permitieron obtener comisiones ilegales en la compra de los aviones MIG-29 y SUKOI-25, y la contratación de servicios, mantenimiento y repuestos de estos.

- Sobre el ex ministro Jorge Camet Dickman

En el caso del ex ministro Jorge Camet Dickman, en su 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 Aérea del Perú, la suma de S/. 67'8000.000.00 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 autoriza al Ministerio de Defensa a utilizar en el ejercicio 1996, los recursos generados por la privatización de Empresas del Estado 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 de saldos de los D.U 020-95 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 Bielorrusia), 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 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. 028-96, 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 Bielorrusia), 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.

- **Sobre el ex Premier Alberto Pandolfi Arbulú**

Como Presidente del Consejo de Ministros, refrendó los Decretos de Urgencia N° 20-96, N° 035-96 y N° 75-96 antes indicados.

- **Sobre el ex ministro 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 de los recursos de la privatización, para la contratación de servicios, mantenimiento y repuestos para MIG-29.

- **Sobre el ex ministro César Saucedo Sánchez**

En su condición de Ministro de Defensa suscribió los Decretos de Urgencia N° 032-98 y N° 038-98 antes referidos.

II. SOBRE LA ACUSACIÓN FISCAL

El representante del Ministerio Público, en su momento, formuló la acusación fiscal correspondiente de la siguiente manera: Se acusó penalmente a **Jorge Francisco Baca Campodónico** por los delitos de asociación ilícita para delinquir, colusión ilegal, malversación de fondos y falsedad ideológica; a **Cesar Enrique Saucedo Sánchez** por los delitos de asociación ilícita para delinquir, colusión ilegal, malversación de fondos y falsedad ideológica; a **Jorge Camet Dickman** y **Alberto Pandolfi Arbulú** por el delito de colusión ilegal; a **Víctor Dionisio Joy Way Rojas** por los delitos de malversación de fondos y supresión, destrucción u ocultamiento de documentos; y a **Carlos Alberto Bergamino Cruz** por el delito de malversación fondos.

- Sobre el delito de asociación ilícita para delinquir

Respecto de este delito, se señala que el ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, abusando del cargo y poder que detentaba, formó y lideró, en concierto tanto con sus entonces ministros de Estado, **Jorge Baca Campodónico** y **César Saucedo Sánchez**, como **Carlos Bergamino Cruz**, **Jorge Camet Dickmann**, **Alberto Pandolfi Arbulú** y **Víctor Dionicio Joy Way Rojas**, una asociación delictiva, contando con la participación del entonces Contralor General de la República Víctor Caso Lay, y que amparándose en la dación de los Decretos de Urgencia dispusieron indebidamente de los fondos de la privatización, justificando ampliaciones presupuestales excepcionales para los Ministerios de Defensa e Interior, a fin de crear necesidades y requerimientos ficticios de quipos bélicos, bienes y servicios, previamente pactados con empresas sobre el monto y forma de las adjudicaciones del Estado, con el único afán de obtener cuantiosas ventajas económicas. Se señala que el entonces Presidente de la República suscribió 22 Decretos de urgencia de los cuales 13 de ellos disponían de dinero producto de la privatización de las Empresas del Estado; algunos de los cuales fueron suscritos a su vez por sus ministros Jorge Baca Campodónico, Cesar Saucedo Sánchez y Carlos Bergamino Cruz.

- Sobre el delito de colusión ilegal

Se les imputa a Baca Campodónico, Saucedo Sánchez, Camet Dickman y Pandolfi Arbulú haber concertado con las principales empresas proveedoras de material bélico, creando necesidades o requerimientos ficticios con el único objeto de obtener ventajosas ganancias patrimoniales en perjuicio de los recursos públicos. Se señala que, primero, se produjo la compra de 18 aviones MIG 29 usados a la república de Bielorrusia a través del Decreto de Urgencia N° 028-96 (suscrito por Camet Dickman y Pandolfi Arbulú), expedido el 06 de mayo de 1996, por el que se autorizó el desembolso de 252'052,420.00 dólares americanos pertenecientes a los fondos de la privatización, suscribiéndose el contrato el día 13 de mayo de 1996 por el director de material Rolando Magni con el representante de la empresa W-21 INTERTHECHNIQUE, Moshe Rothschild, actos lesivos a los intereses económicos del Estado que no fueron objeto de control de parte del Órgano encargado, en este caso de la Contraloría General de la República a cargo de Víctor Caso Lay con cuya conducta omisiva facilitó la perpetración del ilícito penal de colusión ilegal. Segundo, Camet Dickmann y Pandolfi Arbulú también suscribieron el Decreto de Urgencia N° 075-96 de 16 de octubre de 1996, mediante el cual se autorizó el uso de 150'000,000.00 dólares americanos en la compra de 18 aviones SUKOI 25, por intermedio también de la empresa W-21 INTERTHECHNIKE.

Según apunta la fiscalía, el acto colusorio en estos hechos se manifiesta en la conducta de suscribir los mencionados Decretos de Urgencia secretos que propiciaron una adquisición desventajosa para el Estado de material bélico, pues la misma se llevó a cabo con la intermediación de empresas privadas (W-21) que obtuvieron cuantiosas comisiones beneficiándose ilegalmente, sobreprecio

(en comisiones) que no se hubiera pagado si las empresas privadas no hubieran intervenido; que inicialmente las tratativas se estaban llevando a cabo de Estado a Estado. La misma modalidad delictiva se evidenció en la expedición de los Decretos de Urgencia N° 032-98 de 17 de julio de 1998 y N° 038-98 de 21 de julio del mismo año, mediante los cuales se adquirió 3 aviones MIG 29 y se contrató el suministro de servicios, mantenimiento y repuestos. Según argumenta la fiscalía, la solución se pone de manifiesto al haber permitido el ingreso de empresas privadas en las negociaciones que significaron para el Estado peruano el pago de sobrepagos por la adquisición de servicios y repuestos.

- **Sobre el delito de malversación de fondos**

Con relación a este delito, el Ministerio Público sostiene que Fujimori Fujimori, Baca Campodónico, Saucedo Sánchez, Joy Way Rojas y Bergamino Cruz, mediante los referidos Decretos de Urgencia, utilizaron en forma indebida los recursos de la privatización, asignándolos a fines distintos a los señalados en la Ley de Privatización.

- **Sobre el delito de falsedad ideológica**

El Ministerio Público señala que Fujimori Fujimori, Baca Campodónico y Saucedo Sánchez cometieron el delito de falsedad ideológica al determinarse que faltaron a la verdad al insertar datos y hechos falsos en los Decretos de Urgencia N° 032-98 y N° 038-98 que con el carácter de secretos se habían emitido en la época que ejercieron la función de Ministros de Estado, puesto que en las actas o registros donde se consignaba la finalidad u objeto de los citados Decretos de Urgencia, se estableció que los mismos habían sido emitidos *“con la aprobación del Consejo de Ministros”*, cuando en realidad no se había producido acuerdo ni reunión del Consejo de Ministros para la elaboración de dichos Decretos de Urgencia.

III. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El día 22 de setiembre de 2011, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (en adelante, la Sala), emitió sentencia en el proceso penal N° A.V. 27-2003, seguido contra los ex ministros de Estado Jorge Baca Campodónico (ex Ministro de Economía), Jorge Camet Dickman (ex Ministro de Economía), Alberto Pandolfi Arbulú (ex Premier), Víctor Dionicio Joy Way Rojas (ex Premier), César Saucedo Sánchez (ex Ministro de Defensa) y Carlos Bergamino Cruz (ex Ministro de Defensa)¹. En virtud de dicha resolución se condenó a Camet Dickman, Pandolfi Arbulú, Baca Campodónico y Saucedo Sánchez como autores del delito de colusión desleal; a Baca Campodónico y Saucedo Sánchez como coautores del delito de falsedad ideológica; y a Saucedo Sánchez como autor del delito de asociación ilícita para delinquir, imponiéndoseles a cada uno de los mencionados 4 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por un periodo de prueba de 3 años, condicionada al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, así como la pena de inhabilitación de 3 años conforme los incisos 1 y 2 de artículo 36° del Código Penal². Del mismo modo, se absuelve a Baca Campodónico, Saucedo Sánchez, Joy Way Rojas, Bergamino Cruz, Caso Lay y Fujimori Fujimori de la acusación fiscal formulada por el delito de malversación de fondos.

Así pues a continuación se expondrá una síntesis de la fundamentación que llevó a cabo la Sala para arribar a este fallo.

- Sobre el delito de colusión desleal

La Sala condenó a los ex ministros de Estado Camet Dickman, Pandolfi Arbulú, Baca Campodónico y Saucedo Sánchez como autores del delito de colusión desleal, en virtud de la valoración de una pluralidad de medios de prueba como la declaración instructiva de Vladimiro Montesinos Torres rendida en otro proceso penal (proceso N° 11-2001), la declaración de la testigo Matilde Pinchi Pinchi, la declaración de los testigos Duthurburu Cubas y Venero Garrido, la intervención de los ex ministros de Estado en la suscripción – respecto Baca Campodónico, Camet Dickman y Saucedo Sánchez- o refrendo –respecto Pandolfi Arbulú- de Decretos de Urgencia secretos, carentes del necesario voto aprobatorio del Consejo de Ministros; entre otros.

En efecto, según la declaración de Montesinos Torres³, luego de los sucesos del 5 de abril de 1992, Alberto Fujimori Fujimori se reunió con Montesinos y determinó la compra de armas, bajo la idea de generar un llamado “Fondo de contingencia” cuya finalidad era garantizar sus reelecciones futuras y la continuación de su gobierno, habiendo establecido que las comisiones generadas por las adquisiciones de armamento de guerra debían ser incorporadas a este “Fondo”. Según dijo Montesinos, el ex Presidente de la República dio la orden para la compra de los dieciocho aviones MIG-29 a la Federación Rusa. El mismo personaje también 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 era Moshe Rothschild Chassin; por ello Fujimori Fujimori dispuso que Camet Dickman viaje a Bielorrusia a efectos de lograr una rebaja en el precio. Dicha rebaja, según la versión de Montesinos, fue de seis millones de dólares, monto que fue abonado al “Fondo de Contingencia” a través de la cuenta en Suiza de Fujimori⁴.

¹ El juzgamiento contra el ex Contralor de la República Víctor Enrique Caso Lay y el ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori se reservó.

² Es decir, se priva a los condenados del ejercicio de la función, cargo o comisión que cumplían, asimismo, se les incapacita para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

³ Ver página 23 de la sentencia de primera instancia.

⁴ Ver páginas 85 y 86 de la sentencia de primera instancia

Por otro lado, la testigo Matilde Pinchi Pinchi, reforzando la versión de Montesinos, sostuvo que el entonces asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres le comentó que en la compra de los aviones existieron “comisiones” que se repartieron en primer lugar, entre Montesinos y el Presidente de la República. Asimismo, sostuvo que Montesinos Torres le comentó que Camet Dickman se había repartido las comisiones indebidas directamente con Fujimori Fujimori, situación que le incomodó mucho⁵. Asimismo, los testigos Duthurburu Cubas y Venero Garrido refirieron que producto de las adquisiciones de los MIG 29 y SUKOI 25 se consiguieron cerca de 17 millones de dólares en comisiones, los cuales fueron a parar al denominado “Fondo de contingencia”⁶.

Así pues, en base a estos y otros indicios, la Sala Penal llega a la convicción de que el ex Presidente Fujimori Fujimori y los ex ministros de Estado que suscribieron los Decretos de Urgencia secretos concertaron fraudulentamente en la compra de los aviones MIG-29 y SUKOI 25, y la contratación de servicios, mantenimiento y repuestos bélicos con la finalidad de obtener comisiones ilícitas destinadas al denominado “Fondo de Contingencia”. Según la Sala, Camet Dickman, Pandolfi Arbulú, Baca Campodónico y Saucedo Sánchez cumplieron actuaciones como autores, pues dieron aparente cobertura legal a conductas antijurídicas, cobertura sin la cual no se hubiera podido perpetrar el hecho. En este sentido, se señala que cada uno de los ex ministros tuvo en sus manos el dominio del hecho a través del desarrollo de la parte del plan criminal que le correspondía en la división de trabajo⁷.

- **Sobre el delito de falsedad genérica**

La Sala Penal Especial concluyó que también es imputable a los ex ministros Saucedo Sánchez y Baca Campodónico el delito de falsedad ideológica, en tanto suscribieron los Decretos de Urgencia N° 032-98 y N° 038-98 en los que se consignaron que los mismos contaban con la “aprobación del Consejo de Ministros”, lo que en realidad no ocurrió. Se señala que dicha falsedad generó perjuicio al Estado, pues, primero, no permitió el control del contenido de los Decretos de Urgencia por parte de los demás ministros de Estado y, segundo, propició la contratación de servicios, mantenimiento y repuestos para aviones MIG 29 que generaron comisiones indebidas⁸.

- **Sobre el delito de malversación de fondos**

Sobre este delito, la Sala Penal Especial absolvió a Baca Campodónico, Saucedo Sánchez, Joy Way Rojas y Bergamino Cruz, puesto que consideró que la Ley de Privatización sí permitía el uso de los recursos que provengan de la privatización de empresas públicas para la compra de armamento bélico. Según la Sala, habilitar los fondos de la privatización para la compra de los aviones y pertrechos militares no constituye delito de malversación de fondos, pues dotando de servicios, mantenimiento y repuestos a los aviones MIG 29 se favorece directamente a la seguridad externa del país.

Según la Quinta Disposición Complementaria Transitoria Final de la Ley de Privatización (Decreto Legislativo N° 674 de 27 de setiembre de 1991) “*los recursos que se obtengan [de la privatización de las empresas públicas] (...) deberán destinarse al desarrollo de programas orientados a la erradicación de la pobreza y a la pacificación del país*”. La Sala entiende que la frase “pacificación

⁵ Ver página 53 de la sentencia de primera instancia.

⁶ Ver página 85 de la sentencia de primera instancia.

⁷ Ver página 88 de la sentencia de primera instancia.

⁸ Ver página 93y 94 de la sentencia de primera instancia.

del país” incluye tanto la seguridad interna como externa del país, por lo que no existiría en este caso una aplicación diferente a la legalmente establecida de los fondos de la privatización. Ello convertiría en atípica la conducta de los ex ministros⁹.

- **Sobre el delito de asociación ilícita para delinquir**

Se señala que existió una organización criminal destinada a cometer delitos en perjuicio del patrimonio del Estado. De acuerdo a la declaración dada por Montesinos Torres, la compra de armas generaba grandes comisiones que eran tramitadas por el ex presidente Fujimori Fujimori y sus ministros de Estado a fin de trasladar dichos fondos de la privatización a un “fondo de Contingencia” que permitiera prolongar su estadía en el poder. Asimismo, se llega a la conclusión de que dentro de dicha organización criminal existió un reparto de funciones, de tal manera que los ministros vinculados con la administración de los fondos de la privatización se encargaron de habilitar el uso de los mismos, mientras que los requerimientos para la compra de las armas y pertrechos los realizaba los titulares de Defensa. Respecto a la permanencia o estabilidad del colectivo criminal, la Sala sostiene que ésta se evidencia con la larga actividad que tuvo la organización, las diversas compras que se efectuaron y la duración misma de las compras fraudulentas¹⁰.

⁹ Ver páginas 100 de la sentencia de primera instancia.

¹⁰ Ver página 95 de la sentencia de primera instancia.

IV. SOBRE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El 25 de mayo de 2012, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República emitió sentencia de segunda instancia en el recurso de nulidad N° 3641-2011. En virtud de dicha resolución se declaró nula la sentencia dictada por la Sala Penal Especial en el extremo que condenó a Camet Dickman, Pandolfi Arbulú, Baca Campodónico y Saucedo Sánchez como autores del delito de colusión desleal; a Saucedo Sánchez como autor del delito de asociación ilícita para delinquir; y a Baca Campodónico y Saucedo Sánchez como coautores del delito de falsedad genérica. Por otro lado, también se declaró nula la sentencia en el extremo que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por la defensa de Caso de Caso Lay y, reformándola, declaró fundada dicha excepción ordenando se continúe con el proceso por este delito.

A continuación se expondrá la fundamentación de los agravios que fueron resueltos por la Sala en su resolución.

- Sobre el delito de colusión desleal

Según la Sala Penal Transitoria, en la condena que se impuso a los ex ministros de Estado por el delito de colusión desleal se verifica una vulneración del derecho constitucional al debido proceso, puesto que existió una motivación insuficiente al asentarse la condena, fundamentalmente, en la declaración del testigo impropio Vladimiro Montesinos Torres, en las declaraciones de los testigos Duthurburu Cubas y Venero Garrido, y en la referencia de que los ex ministros formaron los Decretos de Urgencia; sin establecer una conexión lógica entre lo declarado por Vladimiro Montesinos Torres y la prueba actuada, omitiendo señalar cuál es el juicio deductivo que le hace arribar a tal conclusión¹¹.

Asimismo, se señala que la Sala de primera instancia no se pronunció sobre la tesis de la defensa de Camet Dickman, que argumentó que su defendido no habría intervenido en la contratación estatal por razón de su cargo ni comisión especial, que no existiría perjuicio alguno y que por el contrario habría obtenido un descuento significativo en la compra de bienes y servicios bélicos. De igual modo, se establece que la Sala Penal Especial no se pronunció sobre lo argumentado por la defensa de Pandolfi Arbulú, en el sentido de que éste habría actuado bajo el principio de confianza y que le sería aplicable la prohibición de regreso.

Así pues, la Sala Penal Transitoria decide ordenar un nuevo juicio oral respecto de este punto, puesto que considera que no se puede pronunciar sobre el fondo de los agravios planteados por los condenados, ya que ello requeriría llevar a cabo actividad probatoria ajena a las competencias de ella¹².

- Sobre el delito de asociación ilícita para delinquir y la prescripción de la acción penal

La Sala Penal Transitoria establece que respecto de la excepción de prescripción de la acción penal planteada por la defensa de Caso Lay, ésta no puede ser estimada en tanto la suspensión del plazo de prescripción debió ser contabilizado desde que Caso Lay fue declarado reo contumaz. Conforme lo establece la Sala, la Ley N° 26640 introduce como causal de prolongación del plazo prescriptorio la declaración de contumacia. En este sentido, el plazo de prescripción del

¹¹ Ver página 29 de la sentencia de segunda instancia.

¹² Ver página 33 de la sentencia de segunda instancia.

sentenciado Caso Lay se suspendió desde el 23 de abril de 2004, fecha en la cual se emitió la resolución que lo declaró reo contumaz.

Así pues, la Sala concluye que teniendo en cuenta que en la fecha en la que ocurrieron los hechos materia de imputación del delito de asociación ilícita para delinquir, éste se encontraba sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de seis años, al cual debe añadirse la mitad de dicho término a fin de obtener el plazo de prescripción extraordinario, se advierte que desde el 3 de junio de 2003 hasta el 23 de abril de 2004, han transcurrido únicamente diez meses y veinte días. Lo cual hace notar que a la fecha de la expedición de la sentencia de primera instancia no se encontraba prescrito el delito¹³.

- **Sobre el delito de malversación de fondos.**

La Sala Penal Transitoria al igual que la Sala Penal Especial exime de responsabilidad penal a Baca Campodónico, Saucedo Sánchez, Joy Way Rojas y Bergamino Cruz por el delito de malversación de fondos, puesto que considera que la finalidad de “pacificación del país”, estipulada en la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, incluye tanto a la salvaguarda de la seguridad interna como externa del país. Según la Sala de segunda instancia, el entender a la “pacificación del país”, sólo, como salvaguarda de la seguridad interna, implicaría utilizar una interpretación restringida desfavorable para los reos¹⁴.

¹³ Ver página 41 de la sentencia de segunda instancia.

¹⁴ Ver páginas 46 y 47 de la sentencia de segunda instancia.

V. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

1. Sobre el delito de colusión desleal

- Sobre el contexto de contratación estatal

Aunque ni la sentencia de primera y segunda instancia desarrollen el tema del contexto de contratación en las adquisiciones de armamento, resulta de suma relevancia abordarlo a fin de constatar la comisión del delito de colusión desleal. En efecto, tanto en la redacción del tipo penal de colusión primigenia del Código Penal de 1991 como en sus posteriores modificaciones¹⁵, se hace referencia a que la colusión defraudatoria debe darse en el marco de una contratación estatal de bienes o servicios. Lo que debe entenderse por contexto de contratación y la extensión del mismo no ha sido un tema pacífico en la doctrina penal; sin embargo, desde nuestro punto de vista este elemento del tipo debe englobar todas aquellas operaciones que no necesariamente impliquen un “contrato”, en el sentido jurídico del término, sino diversas formas de contratación administrativa en las cuales el funcionario público intervenga en pos de finalidades públicas¹⁶. De ahí que no sea imprescindible que la contratación esté regulada por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sino que pueda estar sujeto a algún procedimiento de contratación especial¹⁷.

Ahora, se imputa a los exministros haber emitido Decretos de Urgencia durante los años 1995 y 1996 dando cobertura legal a la adquisición de armamento bélico sobrevaluado. Durante dichos años no se encontraba vigente la Ley N° 26850- Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (publicada el 03 de agosto de 1997), sino el Decreto Supremo N° 065-85-PCM que aprobó el “Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios no Personales” (publicado el 01 de agosto de 1985)¹⁸.

Según el artículo 1.1.8 del referido Decreto Supremo, las adquisiciones que tengan el carácter de secreto militar están exceptuadas de llevar a cabo alguna de las modalidades de adquisición (licitación pública, concurso público y adjudicación directa); sin embargo, como bien se señala en el artículo 4.3.4 de la norma, igualmente le son aplicables todos los principios generales y las formalidades de toda contratación pública. De esta manera, el artículo 5.1.2 del Reglamento Único de Adquisiciones establecía que los resultados de las adquisiciones debían ser publicadas en el diario oficial “El Peruano”, por lo que, en el presente caso, se debieron publicar en el diario oficial “El Peruano” las resoluciones administrativas mediante los cuales se adquirieron los armamentos y pertrechos bélicos. Este es un dato importante que debió ser valorado como indicio de la

¹⁵ Modificaciones incorporadas a través de la Ley N° 29703 de 10 de junio de 2011 y, posteriormente, por la Ley N° 29758 de 21 de julio de 2011.

¹⁶ Ver ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra: Lima, 2003. Pág. 312

¹⁷ Sobre este punto ver el comentario a la sentencia del Caso COFOPRI en CHANJAN DOCUMET, Rafael y NOVOA CURICH, Yvana. La sentencia del caso COFOPRI bajo análisis. Boletín N° 9. Proyecto anticorrupción. Enero de 2012. En: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/enero_2012_n09.pdf. p. 11

¹⁸ Este es un dato importante, porque la evaluación de normativa extrapenal administrativa nos permite determinar los comportamientos que escapan al riesgo penal permitido. Ver al respecto García Cavero, Percy. Derecho Penal Económico. Parte General. Grijley: Lima, 2007.p. 354 y 355.

presencia de una concertación fraudulenta entre los ex ministros y los representantes de las empresas privadas Bielorrusas que intervinieron en la contratación¹⁹.

- **Sobre la conducta típica colusoria**

Sobre este punto cabe notar que la conducta colusoria de los ex ministros de Estado se encuadró en la etapa de “liquidación”²⁰ de la contratación, puesto que su intervención lo que hizo fue permitir el desembolso del dinero del Estado para la adquisición de los aviones y pertrechos bélicos. Así pues, es erróneo sostener que la conducta de los ex ministros se realizó fuera de del ámbito de operaciones donde debe producirse la concertación que defrauda al Estado. El delito de colusión ilegal no sólo sanciona al que concierta con privados en la etapa de negociación de una contratación. Por ello, resulta descabellado lo argumentado por la defensa de Pandolfí, en el sentido de tratar de eximir la responsabilidad de su defendido en base a su no intervención en la fase de negociación de las adquisiciones.

De otro lado, la concertación ilícita se habría materializado en los acuerdos realizados por los ex ministros y el ex Presidente Fujimori con los representantes de las empresas Bielorrusas para sobrevaluar los aviones SUKOI y MIG 29, y los pertrechos bélicos. En el presente caso, no se requiere que todos los ex ministros hayan participado en las negociaciones con las partes bielorrusas para que se les pueda imputar el delito de colusión, ya que, bajo un esquema de coautoría, existe una división de funciones que, sin embargo, no enerva su dominio funcional del hecho. Así pues, basta con que este probado que el ex ministro Camet Dickman, como parte del plan criminal, participó en las negociaciones con las partes Bielorrusas en la adquisición del armamento bélico y que a partir de ello se defraudó los intereses patrimoniales del Estado al extraer de las arcas públicas -mediante los posteriores Decretos de Urgencia- más dinero del regular para adquirir mencionado material militar²¹.

Asimismo, otra posible tesis de incriminación podría ser la de la complicidad psicológica (promesa anterior), si es que se quisiera considerar que la emisión de los Decretos de Urgencia constituyen actos pos consumativos. Esta clase de complicidad se presenta cuando el sujeto ofrece al autor colaborar con la comisión del delito, pero luego de que este se consume, encubriéndolo; de tal manera que su promesa anterior da un apoyo psicológico o intelectual a la comisión del delito²². En este caso, podría válidamente sostenerse -siempre que se descarte la tesis de la coautoría que es la que nosotros compartimos- que los ex ministros fueron cómplices psicológicos del delito de

¹⁹ Nuestra Corte Suprema en su Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 532-2003-APURIMAC de 04 de mayo de 2004 declaró nula una sentencia de primera instancia que absolvió al acusado, pues se valoró, entre otros criterios, el hecho de que se había vulnerado el Reglamento de Adquisiciones para otorgar la buena pro. Es decir, la violación de normas de carácter administrativo constituye indicio de una maniobra colusoria.

²⁰ Este elemento normativo del tipo puede ser interpretado según lo contemplado en el artículo 43° del Decreto supremo N° 012-2001-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

²¹ Cabe mencionar que, como lo afirma la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada mayoritaria, la coautoría requiere la presencia dos requisitos: 1) plan común previo a la ejecución del delito y 2) ejecución del plan mediante la división del trabajo [ZAFFARONI, Raúl E. Derecho Penal Parte General. Ediar: Buenos Aires, 2002. Pág. 785].

²² Ver VILLAVICENCIO TERREROS, F. Derecho Penal. Parte General. Grijley: Lima, 2006. p. 524. Esta tesis ya ha sido utilizada por nuestra Corte Suprema en su Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 2976-2004 de 30 de diciembre de 2004.

colusión cometido por Camet Dickman, puesto que le prometieron que emitirían posteriormente Decretos de Urgencia con carácter secreto y sin pasar por filtros de control que darían cobertura legal a la contratación irregular.

- **Sobre la no aplicación del principio de confianza**

Uno de los agravios que alega la defensa técnica de Pandolfi en su recurso de nulidad es el no pronunciamiento de la Sala Penal Especial respecto de la supuesta aplicación del principio de confianza. Según la defensa de Pandolfi, éste habría suscrito los Decretos de Urgencia en la creencia de que todo el procedimiento de contratación se llevó a cabo de manera regular. Nosotros descartamos toda posibilidad de aplicar este principio en base a lo siguiente:

Primero, habría que sostener que el principio de confianza es una institución dogmática que excluye la imputación objetiva en el ámbito de la tipicidad del delito. Según este principio, no es posible imputar objetivamente a alguien una conducta, cuando -en un contexto de división de trabajo horizontal o vertical- el sujeto emprende una conducta conforme a derecho, confiando en que los demás que emprenden la actividad riesgosa se comportarán también conforme a derecho²³. Sin embargo, la aplicación de este principio encuentra límites, uno de los cuales es la percepción de indicios suficiente de que los demás intervinientes en la actividad no van a atenerse al esquema de coordinación, es decir, no se comportaran conforme a derecho²⁴.

En este caso, Pandolfi Arbulú, aun cuando pueda decir que actuó conforme a su rol de Premier suscribiendo los Decretos de Urgencia, no puede negar que tuvo indicios suficientes -que le fue previsible- que los otros ex ministros y el propio ex Presidente de la República no se comportaron conforme a Derecho. ¿Cuáles serían estos indicios? Pues, podemos mencionar, sólo como ejemplo, el que Pandolfi haya sabido que no se había dado el visto bueno del Consejo de Ministros para la emisión los Decretos²⁵. Este es un indicio suficiente de que el ex Prsidente Fujimori y los ex ministros que intervinieron en la negociación de la adquisición del armamento bélico no actuaron conforme a derecho.

Por otro lado, otra excepción que se plantea dogmáticamente a la aplicación del principio de confianza es la existencia de un deber de cuidado especial, una posición de garante, que genere la obligación de anular o compensar el riesgo que puede llegar a generar la conducta incorrecta de un tercero²⁶. En el presente caso, la conducta de Pandolfi -y en general de los demás ex ministros de Estado – se encuadran en una actividad de riesgo para los intereses patrimoniales del Estado (bien jurídico específico en el delito de colusión)²⁷, en donde cada uno de ellos tiene un deber de

²³ Ver al respecto CANCIO MELIÁ, Manuel. Líneas Básicas de teoría de la imputación objetiva. Editorial Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2011. p. 99 y ss.

²⁴ Ver CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit. p. 108

²⁵ El artículo 125° de la Constitución obliga a que el Consejo de Ministros apruebe los Decretos de Urgencia que emite el Presidente de la República, acuerdo que debe constar en actas (art. 126° de la Constitución).

²⁶ MARAVER GOMEZ, Mario. El principio de confianza en Derecho Penal. En: Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. La Ley: Madrid, 2010. p. 399 y 400.

²⁷ Comparte esta identificación del bien jurídico protegido en el delito de colusión MONTROYA VIVANCO, Yván F. Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384° del Código Penal Peruano. En: Actualidad jurídica N° 171, Informe Práctico Penal. p. 98; y la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° 20-2003-A.V. de 18 de octubre de 2005. Fundamento jurídico 27°. Desde nuestro punto de vista, el patrimonio debe ser entendido en sentido funcional o

garantía por su especial posición social en la estructura de la Administración Pública. Ellos son garantes de la especial situación de vulnerabilidad o desvalimiento del bien jurídico²⁸, por lo que tienen, en palabras del Prof. Maraver, un deber de “*doble aseguramiento*”²⁹. Lo que debieron hacer Pandolfi y los otros ex ministros –siempre en el marco de la tesis de que ellos sólo habrían intervenido luego de la etapa de negociación- es cerciorarse de que se estaban cumpliendo con las formalidades de la contratación establecidas en la Constitución y el Decreto Supremo N° 065-85-PCM.

Evidentemente, toda esta construcción dogmática carecería de sentido si es que partiéramos de la premisa de que la actuación de todos los ex ministros se enmarcó dentro de un plan criminal previo, donde existió una división de funciones en la ejecución del delito (coautoría). Siendo esta la tesis que aparentemente siguió la Sala Penal Especial en su sentencia y que nosotros compartimos, hubiera bastado decir, para descartar la aplicación del principio de confianza, que los ex ministros de Estado dolosamente no se comportaron, en ningún momento, conforme a derecho.

- **Sobre la no aplicación de la prohibición de regreso**

Otro de los agravios que alega la defensa técnica del sentenciado Pandolfi es el no pronunciamiento de la Sala Penal Especial sobre la supuesta aplicación de la “prohibición de regreso”. Según la defensa de Pandolfi, el desembolso efectuado por el Estado para la compra de los aviones nunca habría sido manejado por la Presidencia del Consejo de Ministros, sino por el Ministerio de Economía y Finanzas en coordinación con el Ministerio de Defensa, por lo que si ellos utilizaron el aporte material de Pandolfi en sentido criminal, esto no le podría ser imputado a él.

Ateniéndonos a la definición de la prohibición de regreso del Prof. Cancio Meliá, esta institución dogmática excluye la imputación objetiva en aquellos casos en los cuales una persona que actúa conforme a su rol (de manera estereotipada o inocua) contribuye –desde un punto de vista puramente objetivo- a la comisión posterior de un delito por parte de un tercero. Es decir, excluye la imputación objetiva de la primera persona que interviene en un suceso delictivo, cuando un tercero utiliza ese aporte inocuo o estereotipado en un sentido criminal³⁰. Ahora bien, en el presente caso, no se puede hablar de una conducta inocua o estereotipada por parte del ex Premier Pandolfi, puesto que su conducta se enmarcó dentro de un plan criminal de obtención de comisiones ilícitas en la adquisición de material bélico. Es decir, Pandolfi en ningún momento se comportó conforme a su rol de Premier, nunca cumplió con su deber de garante de salvaguardar los intereses patrimoniales del Estado, sino que por el contrario actuó dolosamente en la lesión de

personal. Esta teoría del patrimonio fue propuesta por el Prof. alemán Otto, quien sostiene que patrimonio es la potencia económica del sujeto jurídico, que se basa en el poder de dominio sobre objetos. Los objetos patrimoniales son protegidos en su referencia respecto de los intereses o fines que tenga el portador del patrimonio. Según esta teoría también es parte del patrimonio el “patrimonio potencial”, es decir, las expectativas y oportunidades de ganancia y adquisición. [Ver OTTO, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, citado por EMILIO ROJAS, Emilio. El tipo de administración desleal en el Derecho Penal Alemán. Revista Penal, 2009. N° 23. p. 142.] En este sentido, los intereses patrimoniales del estado estarían siendo protegidos penalmente en la medida de que permiten que el Estado haga llegar a las personas los bienes y servicios públicos.

²⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. ¿Es autor de un delito especial el que domina el hecho? En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Dogmática actual de la autoría y la participación criminal. IDEMSA: Lima, 2007. Pág. 326

²⁹ MARAVER GOMEZ, Mario. op. cit. 400.

³⁰ Ver al respecto CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit. p. 46 a 47.

los mismos. Como se dijo anteriormente, Pandofi y todos los otros ex ministros que suscribieron los Decretos de Urgencia, tenían un deber de garante de protección del bien jurídico en situación de lesionabilidad. Es por ello, que en presente caso no es de aplicación la prohibición de regreso.

2. Sobre la prescripción de la acción penal en el delito de asociación ilícita para delinquir

Otro de los agravios que plantea, esta vez, el Ministerio Público en su recurso de nulidad fue la indebida declaratoria de prescripción de la acción penal del delito de asociación ilícita para delinquir contra Víctor el Caso Lay. Según el Ministerio Público la contabilización del plazo de prescripción debió considerar también la suspensión de dicho plazo desde la fecha en que se declaró reo contumaz a Caso Lay (23 de abril de 2004), lo cual produciría que a la fecha de la expedición de la sentencia de primera instancia no hubiera prescrito el delito de asociación ilícita para delinquir.

En efecto, el plazo de prescripción de la acción penal -que se contabiliza desde el momento en que se consuma el delito (Art. 82° CP)- puede verse interrumpido o suspendido. El artículo 83° del Código Penal regula la interrupción de la prescripción de la acción penal, mientras que el artículo 84° del mismo cuerpo legal hace referencia a la suspensión de la prescripción. Como bien señaló el TC³¹, la interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que, producida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse, mientras que la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando. Los supuestos bajo los cuales se aplica la suspensión del plazo de prescripción son dos: la existencia de un procedimiento que haga depender la iniciación o continuación del proceso penal y la declaratoria de contumacia³².

En este sentido, debe entenderse que el plazo de prescripción penal se suspendió el 23 de abril de 2004, fecha en la cual se declaró, mediante resolución judicial, la contumacia de Caso Lay. Resulta incorrecto señalar -como señaló la defensa de Caso Lay- que al no haberse dicho expresamente en la resolución judicial que se suspendía el plazo de prescripción, este no se produjo. Como bien señala la Sala Penal Transitoria, la suspensión del plazo prescriptorio se produce de manera automática por imperio de la ley, puesto que como la propia Ley 26641-Ley de contumacia señala en su artículo primero "(...) *El juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción*". Es decir, como bien sostuvo la Sala Suprema, la suspensión del plazo de prescripción se origina en virtud de la verificación de la renuencia del reo a someterse al proceso penal. Este es el fundamento fáctico que automáticamente suspende el plazo de prescripción por imperio de la ley, teniendo la declaración judicial sólo un carácter meramente declarativo³³.

Por tanto, en este caso, la prescripción extraordinaria de la acción penal por el delito de asociación ilícita para delinquir contra Caso Lay nunca operó, debido a que desde que se terminó con el

³¹ Ver Sentencia del TC N° 7451-2005-PHC/TC de 17 de octubre de 2005. Fundamento 10.

³² Esta última causal de suspensión del plazo de prescripción se creó en virtud de la Ley N° 26641 de 26 de junio de 1996.

³³ Un hecho que refuerza nuestra conclusión y la de la Sala Suprema es que el artículo 84° del Código Penal que regula la suspensión del plazo de prescripción no exige una declaración judicial para que esta opere. Asimismo, esta parece haber sido la posición que el TC, también, ha suscrito en su sentencia N° 7451-2005-PHC/TC, pues en ella sólo hace referencia a la declaratoria judicial de contumacia como causal de suspensión.

antejuicio respectivo (3 de junio de 2003) hasta la declaratoria de contumacia (23 de abril de 2004) sólo transcurrieron 10 meses, lo cual hace al delito perfectamente perseguible y sancionable en la actualidad.