

## SENTENCIA

Lima, veintiséis de octubre de dos mil siete.-

**VISTOS;** en audiencia oral y pública, el juzgamiento a cargo de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, integrada por los Señores San Martín Castro, Presidente, Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo, bajo la **dirección de debates del Señor San Martín Castro**, contra el acusado JORGE FRANCISCO BACA CAMPODÓNICO por delito de malversación de fondos en agravio del Estado.

Las generales de ley del indicado encausado son las siguientes: es natural de Chiclayo – Lambayeque, nacido el día veintidós de junio de mil novecientos cincuenta, de cincuenta y siete años de edad, casado, con dos hijos, instrucción superior, Ingeniero Electrónico por la Universidad Nacional de Ingeniería, con Maestrías en Econometría en el Instituto Tecnológico de Massachusetts y en Matemáticas con mención en Economía en la Universidad de Manchester, y doctorado en Economía en la Universidad de Manchester, y con domicilio real en calle Andalucía número ciento quince, Departamento ciento dos – San Borja. Está sufriendo mandato de detención por este proceso. No registra antecedentes penales ni judiciales. Así consta del boletín de condenas de fojas dos mil cuatrocientos catorce y de la hoja carcelaria de fojas dos mil quinientos cincuenta y uno.

### *ANTECEDENTES*

#### **I. PROCEDIMIENTO.**

1°. En virtud de la denuncia constitucional, corriente de fojas una a veintitrés, del diez de junio de dos mil dos, formulada por los señores Congresistas Javier Diez Canseco Cisneros y Walter Alejos Calderón contra el ex Ministro de Economía y Finanzas Doctor Jorge Francisco Baca Campodónico por los delitos de malversación y abuso de autoridad, se dio inicio al procedimiento parlamentario de acusación constitucional contra dicho ex Alto Funcionario Público.

2°. La Sub Comisión Investigadora del Congreso designada para el conocimiento de la indicada denuncia constitucional, signada con el número ciento cuarenta y seis, con fecha once de diciembre de dos mil dos emitió el correspondiente Informe Final, firmado por su Presidente José Luis Delgado Núñez del Arco y Susana Higuchi Miyagawa, el mismo que corre de fojas cuatrocientos cincuenta y seis a cuatrocientos setenta. Este Informe fue aprobado el día cinco de mayo de dos mil tres por la Comisión Permanente del Congreso según se observa a fojas cuatrocientos setenta vuelta; y, luego de ser sustentado en el Pleno del Congreso por la Sub Comisión Acusadora el veintiuno de mayo de dos mil tres, sin que el denunciado ejerza su

derecho de defensa o alegato oral en dicha sede, se aprobó la Resolución Legislativa acusatoria en la mencionada sesión del Congreso del día veintiuno de mayo de dos mil tres. Se trata de la Resolución Legislativa número 013-2002-CR, publicada en el diario Oficial “El Peruano” del día miércoles veintiocho de mayo de ese año, que aprueba declarar HABER LUGAR a formación de causa contra el citado imputado por el delito de malversación en agravio del Estado, previsto y sancionado en el artículo 389° del Código Penal.

3°. La Señora Fiscal de la Nación, en cumplimiento del artículo 100° de la Constitución, con fecha tres de junio de dos mil tres, recibida ese mismo día, formuló la pertinente denuncia penal ante la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, según se aprecia de fojas cuatrocientos ochenta. La Sala Penal Permanente por resolución de esa fecha de fojas cuatrocientos ochenta y cinco instituyó la Vocalía de Instrucción y la Sala Penal Especial para la investigación y el enjuiciamiento respectivo, así como derivó los autos al Vocal Instructor designado.

4°. El señor Vocal Instructor por auto de fojas cuatrocientos ochenta y siete, del diecisiete de junio de dos mil tres, abrió instrucción en la vía ordinaria contra JORGE FRANCISCO BACA CAMPODÓNICO por delito contra la Administración Pública – delito cometido por Funcionario Público – malversación de fondos en agravio del Estado peruano.

5°. Seguida la causa con arreglo a su naturaleza ordinaria y concluida la etapa de instrucción, la señora Fiscal Suprema en Segunda Instancia – Sala Penal Especial de la Corte Suprema, mediante dictamen de fojas dos mil setecientos noventa y tres formuló acusación sustancial contra el indicado imputado JORGE FRANCISCO BACA CAMPODÓNICO por el delito ya señalado, y solicitó se le imponga cuatro años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el máximo de ley, y al pago de cuatro millones de nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado.

6°. La Sala Penal Especial a fojas dos mil ochocientos once dictó el auto de enjuiciamiento, del siete de junio de dos mil cuatro, por el delito materia de acusación fiscal. Como el encausado Baca Campodónico tenía la condición de reo ausente, declarado por resolución de fojas dos mil quinientos veintiocho, y se solicitó su extradición a la Argentina, que fue aceptada por resolución de la justicia federal de ese país del treinta de mayo último, según consta a fojas tres mil cincuentiocho, se dictó el auto de citación a juicio de fojas tres mil ciento cincuenta y seis, del uno de agosto de dos mil siete. La audiencia se instaló e inició el veinticuatro de agosto último, conforme al acta de fojas tres mil ciento setenta y cinco.

7°. Desarrollado el acto oral conforme a las actas que corren en autos, formulados los alegatos de la defensa de las partes y la autodefensa del imputado presente, corriendo en autos sus conclusiones escritas; y, deliberado en privado, este Tribunal procede a emitir la presente sentencia.

## **II. HECHOS Y CARGOS.**

8°. El Informe de la Sub Comisión Investigadora del Congreso –que es el que relata los cargos y que, sucesivamente, en las diferentes fases del procedimiento parlamentario vino siendo aprobado- señala que los hechos objeto del procedimiento

parlamentario tienen como base fáctica que el acusado Baca Campodónico participó en la organización de un conjunto de hechos tendientes a lograr la capitalización indebida del Banco Latino con fondos de la Corporación Financiera de Desarrollo Sociedad Anónima –en adelante, COFIDE-, para lo cual forzó la dación indebida de una Ley, y posterior reglamento, así como la capitalización de los fondos de COFIDE en el Banco Latino mediante su intervención en el Consejo Directivo de la Oficina de Instituciones y Organismos del Estado –en adelante, OIOE-.

9°. Precisa el Informe de la Sub Comisión Investigadora, como cronología de los hechos, los siguientes:

**A.** En los años mil novecientos noventa y cinco a mil novecientos noventa y ocho, la Superintendencia de Banca y Seguros –en adelante, SBS- realizó cuatro visitas inspectivas al Banco Latino. Detectó una serie de transgresiones a la Ley de Bancos y a las normas dictadas por la propia SBS, a la vez que encontró una serie de deficiencias de índole financiera, económica y administrativa.

**B.** El veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y ocho la Junta General de Accionistas del Banco Latino, para evitar la caída del Banco, acordó un aumento de capital de veinte millones de nuevos soles y presentar a la SBS un Plan de Reestructuración. El aporte anunciado y el Plan de Reestructuración esbozado no se materializaron. Por ello, la SBS mediante Oficio número 9463-1998, del once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, comunicó al Banco el inicio de una nueva visita de inspección.

**C.** El Equipo de Trabajo de la SBS verificó que la situación financiera del Banco Latino se encontraba sumamente deteriorada. En ese sentido, a propuesta del Superintendente de Banca y Seguros –en adelante, el Superintendente-, Doctor Martín Naranjo Landerer, el Ministerio de Economía y Finanzas remitió al Congreso de la República un Proyecto de Ley para modificar la Ley de Bancos con el objetivo de ampliar la cobertura del Fondo de Seguro de Depósitos, así como darle mayores facultades a la SBS durante el Régimen de Visitas.

**D.** El Proyecto de Ley que aprobó la Comisión de Economía del Congreso y, luego, el Pleno, perseguía, en concreto: **a)** que durante el Régimen de Vigilancia la SBS pueda determinar el patrimonio real de la empresa y, en su caso, disponer la cancelación de las pérdidas con cargo a las reservas legales y facultativas, y al capital social; **b)** que en caso los accionistas del Banco no efectuaran nuevos aportes de capital para reponer el capital destinado a cubrir las deudas, la SBS pueda obtener directamente aportes de terceros, perdiendo los accionistas su derecho de preferencia; y, **c)** que el monto máximo de cobertura del Fondo de Seguro de Depósito – FSD se eleve de trece mil ochocientos treinta y seis a sesenta y dos mil nuevos soles. Así consta de la modificación de los artículos 99° y 153° de la Ley número 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros –en adelante, Ley de Bancos-.

**E.** Las modificaciones aprobadas –la Ley número 27998 fue publicada el cinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho- guardaban estrecha relación con las acciones que tomó el Poder Ejecutivo. La SBS invitó a COFIDE a capitalizar sus acreencias en el Banco Latino el ocho de diciembre. Estas modificaciones pretendían, de una parte, justificar un salvataje al Banco Latino, y, de otro lado, flexibilizar la legislación para no intervenir el Banco Latino.

**F.** El Superintendente invitó al Presidente del Directorio de COFIDE Señor Luis Baba Nakao a realizar un aporte de capital inmediato de cinco millones cuatrocientos mil dólares americanos en efectivo y de cincuenta y cuatro millones de dólares

americanos a través de una capitalización de sus acreencias en el Banco Latino, a raíz de la negativa de sus accionistas de realizar aportes de capital suficientes.

**G.** El señor Baba Nakao, de inmediato, el mismo día ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, conjuntamente con los Directores de COFIDE: Fritz Dubois Freund y José Valderrama León –representantes de las acciones del Estado designados por el Director Ejecutivo de la OIOE Pedro Sánchez Valderrama- y el representante de la Corporación Andina de Fomento –en adelante, CAF- José Gustavo Fernández Saavedra, por unanimidad, acordaron “capitalizar temporalmente” las acreencias de COFIDE en el Banco Latino y autorizaron a realizar el citado aporte adicional en efectivo. Con esos aportes COFIDE lograba un ochenta y seis punto cinco por ciento de participación accionaria en el Banco Latino.

**H.** El día diez de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, dos días después de acordada la capitalización de acreencias, en reunión en la que participaron la Presidenta del Consejo Directivo de la OIOE Rosario Almenara Díaz de Pezo y los Directores Fritz Dubois Freund, Cayetana Aljovín Gazzani, Reynaldo Bringas Delgado y Pedro Sánchez Gamarra, ratificaron las instrucciones emitidas por el Director Ejecutivo de la OIOE a los representantes del Ministerio de Economía y Finanzas –en adelante, MEF- ante la Junta General de Accionistas de COFIDE.

**10°.** El Informe destaca que el ex Ministro de Economía y Finanzas tenía la potestad de influenciar y hacer cumplir las decisiones sobre los funcionarios de menor jerarquía. En el presente caso, instruyó al Director Ejecutivo de la OIOE para que convoque a una Junta General de Accionistas de COFIDE, nombre representantes en la misma y señale como punto principal de la agente la capitalización de acreencias en el Banco Latino. Ello, a juicio de la Sub Comisión Investigadora, importó un desvío de fondos públicos administrados por COFIDE, destinados a programas de apoyo a los pequeños empresarios, financiamiento de inversiones productivas y de infraestructura pública y privada, para realizar un aporte de capital por un monto de sesenta millones de dólares americanos en un Banco que había incurrido en causal de intervención, con lo que se desnaturalizaba su rol de banco de segundo piso establecido en el artículo 11°, inciso 15), de su Estatuto, y el artículo 7° de la Ley de Bancos.

**11°.** La Fiscalía de la Nación asumió esos hechos y calificación típica en su denuncia formalizada de fojas cuatrocientos ochenta. Se subsumió la conducta antes descrita en el artículo 389° del Código Penal. Destaca la denuncia formalizada lo siguiente:

**A.** Que el encausado Baca Campodónico dispuso la capitalización de las acreencias de COFIDE en el MEF por un monto ascendente a sesenta millones de dólares americanos para realizar un aporte de capital en efectivo del Estado al Banco Latino que había incurrido en causal de intervención.

**B.** Que como el Plan de Reestructuración y el aporte de capital acordado por la Junta General de Accionistas del Banco Latino del día veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y ocho no se produjo, luego de una quinta Visita de Inspección por la SBS, a instancias del Superintendente Naranjo Landerer, el Ministro de Economía y Finanzas remitió al Congreso el día dos de diciembre de mil novecientos noventa y ocho un Proyecto de Ley elaborado por el primero para modificar la Ley de Bancos.

**C.** Que el proyecto de Ley se aprobó con una celeridad inusual, al día siguiente de su presentación. La Ley número 27008 se publicó el cinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, y las reformas se hicieron con la finalidad de dejar en

manos de la SBS la posibilidad de salvar al Banco Latino. Es así que el siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho el Banco Latino fue sometido al Régimen de Vigilancia, pese a que la SBS estaba obligada a declarar su intervención al haber disminuido más del cincuenta por ciento de su patrimonio efectivo. En virtud de esa Ley determinó el patrimonio del Banco e instó a sus accionistas a efectuar un aporte de capital en efectivo en proporción a su participación accionaria.

**D.** Que como los aportes requeridos finalmente no se concretaron, el Superintendente mediante oficio número 10283-98, del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, invitó al Presidente de COFIDE Luis Baba Nakao a efectuar un aporte de capital de cinco millones cuatrocientos mil dólares americanos en efectivo y cincuenta y cuatro millones de dólares americanos a través de una capitalización de sus acreencias en el Banco Latino. Ello importó una infracción al artículo 7° de la Ley de Bancos, que impide al Estado participar en el sistema financiero. El término “terceros” que estipulaba la modificación del artículo 99° de la Ley de Bancos, sólo podía referirse a inversionistas privados y no a una empresa de economía mixta que conforma la actividad empresarial del Estado, que estaba impedida de realizar colocaciones directas y de ser propietaria de acciones en bancos de primer piso. COFIDE sólo estaba destinada a captar líneas de crédito y canalizarlas a través de otros entidades financieras para que éstas a su vez otorguen créditos.

**12°** En la acusación fiscal de fojas dos mil setecientos noventa y tres se afirma lo siguiente:

**A.** Que el imputado Baca Campodónico en el mes de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, aprovechándose del cargo de Ministro de Economía y Finanzas que desempeñaba, dispuso la capitalización de acreencias de COFIDE a favor del Banco Latino por un monto de cincuenta y cuatro millones de dólares americanos y ordenó, además, un aporte de capital en efectivo ascendente a la suma de cinco millones cuatrocientos mil dólares americanos, transgrediendo de ese modo el artículo 7° de la Ley de Bancos. A estos efectos, dispuso y coordinó el cambio de destino de los caudales de COFIDE a favor de un Banco privado que se encontraba intervenido por pérdida patrimonial superior al cincuenta por ciento. Para facilitar la operación presentó un proyecto de Ley al Congreso para ampliar las atribuciones de la SBS en el Régimen de Vigilancia, y atribuciones propias de la intervención, esto es, para castigar el capital social facultándolo a requerir directamente a terceros para que efectúen aportes de capital en efectivo.

**B.** Que el Proyecto de Ley que modificaba la Ley de Bancos fue propuesto por el Superintendente Naranjo Landerer y con fecha treinta de noviembre de mil novecientos noventa y ocho el Presidente Alberto Fujimori Fujimori y el Ministro acusado remiten al Congreso el citado Proyecto con el objeto de ampliar la cobertura del Fondo de Seguro de Depósitos y de otorgar mayores facultades a la SBS durante el Régimen de Vigilancia. La Comisión de Economía del Congreso y el Pleno aprobaron el Proyecto de Ley respectivo, que en lo especial, modificó el artículo 99° de la Ley de Bancos. La Ley número 27008 fue publicada en el Diario El Peruano el cinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

**C.** Que entre el siete y el ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho se procede a implementar las decisiones del Ministro acusado. El diez de diciembre, en Sesión Extraordinaria del Consejo Directivo de la OIOE, se ratificó las instrucciones emitidas por el Director Ejecutivo a los representantes de COFIDE, designados mediante oficios del siete de diciembre, en cuya virtud se aprobó la capitalización de

acreencias y aporte de capital a favor del Banco Latino y se designó al representante ante la Junta General de Accionistas del Banco Latino.

**D.** Que el Director Ejecutivo de la OIOE es designado por el Ministro de Economía y Finanzas y, como tal, está subordinado a las instrucciones que éste le impartía. El imputado, por ser Ministro de Economía y Finanzas, tenía la potestad de supervisar y dirigir las actividades de los funcionarios de menor jerarquía en su portafolio, así como impartirles directivas, asumiendo la responsabilidad consiguiente. Eso ocurrió en el presente caso con el conjunto de acciones que se realizaron para concretar el aporte del Estado en el Banco Latino. Además, el imputado, como titular de la cartera de Economía y Finanzas, estaba en la obligación de velar por la buena marcha de los fondos del Estado, preservando la correcta y funcional aplicación del erario nacional.

**F.** Que, sin embargo, las directivas que impartió violaron los Estatutos de COFIDE y su Ley de creación y funcionamiento –la última norma era el Decreto Ley número 25694-. A estos efectos, desvió fondos públicos para rehabilitar un banco privado que venía sufriendo serias deficiencias de índole económico financiero y administrativo. COFIDE es un banco de segundo piso, impedido de captar depósitos del público; sólo podía complementar la labor del sector financiero privado en actividades como el financiamiento del mediano y largo plazo del sector exportador y la micro y pequeña empresa.

**G.** Que, por todo ello, el acusado Baca Campodónico dispuso y coordinó la desviación de dinero de la Administración Pública. El perjuicio económico ocasionado al Tesoro Público se evidencia con el Decreto de Urgencia número 117-2000, avocado a reponer a COFIDE la pérdida de los caudales desviados ilegalmente al Banco Latino por la suma de sesenta millones de dólares americanos.

## ***FUNDAMENTOS***

### **I. FUNDAMENTOS DE HECHO. INFORMACIÓN PROBATORIA.**

**13°.** El encausado BACA CAMPODÓNICO -Ministro de Economía y Finanzas entre el cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho hasta el cinco de enero de mil novecientos noventa y nueve- en su declaración plenaria de fojas tres mil doscientos nueve –sesión de la audiencia de fecha veintiocho de agosto de dos mil siete- niega los cargos que se le formulan. Sostiene lo siguiente:

**A.** Que es ajeno a los intereses económicos que representaron los accionistas del Banco Latino. No está vinculado al Directorio de dicho Banco ni a sus accionistas; tampoco realizó algún tipo de consultoría o asesoría al citado Banco o las empresas vinculadas al denominado “Grupo Picasso”. Con anterioridad a la aceptación de la cartera de Economía y Finanzas fue Jefe de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, así como Director del Banco Central de Reserva.

**B.** Que reconoce que la OIOE forma parte de la estructura del Sector Economía y Finanzas que dirigía como Ministro de Estado. Designó a su Director Ejecutivo, Pedro Sánchez Gamarra. La OIOE aprobaba anualmente el presupuesto de las empresas públicas, entre ellas de COFIDE. En esa empresa, el Estado era el titular del noventa y ocho punto veinticinco por ciento de las acciones –el resto del accionariado es de la Corporación Andina de Finanzas, Banco Multinacional de la Comunidad Andina de Naciones-, pero el presupuesto era propio, no era parte del Presupuesto del Estado, aunque la OIOE tenía control y vigilaba la ejecución

presupuestal. En su condición de Ministro del Sector, nombró o ratificó en su caso a los integrantes del Consejo Directivo de la OIOE, todos ellos funcionarios del MEF.

**C.** Que a fines de agosto de mil novecientos noventa y ocho se produce la cesación de pagos de Rusia, que trajo como uno de sus efectos el corte de líneas de crédito a la banca peruana, de suerte que los Bancos más afectados fueron el Wiese y el Latino –segundo y quinto lugar en importancia, respectivamente-, cuya situación financiera se agravó. Recibió un informe de la SBS y del Banco Central de Reserva –en adelante, BCR- del deterioro del citado Banco, por lo que ordenó un seguimiento semanal del estado patrimonial y de liquidez de los dos bancos más expuestos –ello correspondía a la SBS, al BCR y al Comité de Asesores del MEF, y en las últimas semanas participó COFIDE-, lo que tuvo lugar a partir de septiembre, que es cuando tomó conocimiento cabal de la situación del Banco. Los Informes de la SBS, a partir de mil novecientos noventa y cinco, formulaban observaciones a la situación del Banco Latino, pero no que había una crisis inminente, como la que se desencadenó a partir de mediados de agosto y septiembre, en consecuencia, no determinaban la necesidad de una intervención con ulterior liquidación. Si bien en el año mil novecientos noventa y ocho la SBS señaló que el Banco Latino superaba los límites individuales de préstamo que se hacían a sí mismos sus directivos, antes de la intervención se optó por exigir un aumento del patrimonio.

**D.** Que su Despacho, con consulta a la SBS y al BCR, redactó el Proyecto de Ley modificatorio de la Ley de Bancos –para su discusión con carácter de urgencia- destinado a aumentar o depósitos asegurados en el sistema para los pequeños ahorristas y, con ello, evitar una corrida bancaria. El Proyecto ingresó a la Comisión de Economía el dos de diciembre. Pero además, como consecuencia de las reuniones semanales se diseñaron varios planes de contingencia, en vista del rápido deterioro del Banco Latino –la SBS, incluso, estimó que era necesario cambiar la ley de bancos para autorizar que durante el régimen de vigilancia de un Banco se pueda invitar a otros inversionistas a que hicieran un aporte, lo que en efecto se logró-.

**E.** Que al recibir la comunicación del Banco Lima Sudameris que había decidido no comprar el Banco Latino, hecho ocurrido el lunes siete de diciembre, y en vista de la Ley que se dictó, número 27008, se entró al Régimen de Vigilancia –reordenado por dicha norma- y decidió, como consecuencia de las reuniones de seguimiento y ante el fracaso de una última gestión con el Banco de Crédito –que tampoco aceptó comprar dicho Banco-, que el problema podría solucionarse a través del mayor acreedor del Banco Latino, es decir, de COFIDE, mediante la capitalización de sus acreencias y un aporte de dinero en efectivo. La ejecución de lo decidido corrió por cuenta de Sánchez Gamarra, Director Ejecutivo de OIOE, quien debía nombrar a los representantes del Estado de la Asamblea de Accionistas: Fritz Du Bois y José Valderrama. Sus órdenes se cumplieron y todo se ejecutó. Tenía la convicción que esas medidas podían recuperar económicamente al Banco Latino. Esta medida fue bien recibida por los agentes económicos y la prensa especializada.

**F.** Que no se estimó viable la intervención y liquidación por el efecto que esa medida originaría en el mercado financiero y porque, de hacerlo, el Fondo de Seguro de Depósitos se agotaba; además, no sólo se perderían las acreencias de COFIDE en el Banco Latino más los depósitos en ahorros y el crédito vinculado de noventa millones de dólares, sino que el Banco de la Nación tenía más de doscientos millones de soles depositados que corría el riesgo de perder, amén de que gran parte de las instituciones del Estado tenían depósitos por algo de ochenta millones de soles. Asimismo, el Banco Wiese tenía préstamos muy vinculados con el Banco Latino a través del Grupo Picasso, por lo que la intervención también afectaría al Banco

Wiese. Los estudios económicos indicaban que las pérdidas por un estado de crisis bancaria generan pérdidas en el Producto Bruto Interno –en adelante, PBI-. En el caso del Banco Latino las pérdidas fueron del dos por ciento, y de no haber actuado como lo hizo éstas podrían haber llegado del diez al veinte por ciento del PBI.

**G.** Que, según su criterio, avalado por informes legales de COFIDE y de la SBS, la operación en cuestión no importó la vulneración de la prohibición contenida en el artículo 7° de la Ley de Bancos –los titulares de ambas entidades, Baba Nakao y Naranjo Landerer, expresaron que esa medida no presentaba problemas legales-. Entendió y entiende que bajo el término “terceros”, estipulado en la ley modificatoria, podía estar comprendido el Estado o COFIDE, así como que realizar una inversión en una entidad bancaria, en este caso el Banco Latino, no importa una violación al principio de mantenerse en actividades de segundo piso, COFIDE directamente no intervenía en captar dineros del público y realizar préstamos. Por otro lado, la intervención de COFIDE era temporal, para que tan luego de superada la crisis el Banco Latino fuera vendido, cuanto antes.

**14°.** Han declarado en el acto oral los siguientes ex funcionarios públicos: **(a)** Fritz Paul Du Bois Freund –ex Jefe del Gabinete de Asesores del Ministerio de Economía y Finanzas, y Director de COFIDE- (fojas tres mil quinientos cincuenticuatro)-, **(b)** Luis Baba Nakao –ex Presidente de COFIDE- (fojas tres mil quinientos sesentiseis), **(c)** Luis Eduardo Chang Ching –Congresista, Ex Presidente de la Comisión de Economía del Congreso- (fojas tres mil quinientos ochentitrés), **(d)** Reynaldo Uladislao Bringas Delgado –ex Director de Crédito Público y miembro del Consejo Directivo de la OIOE- (fojas tres mil seiscientos quince), **(e)** Alfredo Jaililie Awapara –ex Vice Ministro de Hacienda- (fojas tres mil seiscientos veintiseis), y **(f)** Rosario Almenara Díaz Pezo –Ex Vice Ministra de Economía y Presidenta del Consejo Directivo de OIOE- (fojas tres mil seiscientos cuarentiocho).

A su vez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 253° del Código de Procedimientos Penales, se leyeron y sometieron a debate las siguientes declaraciones de los testigos en sede sumarial:

- Cayetana Aljovín Gazzani, Ex Secretaria General del Ministerio de Economía y Finanzas.
- Pedro Emilio Sánchez Gamarra, ex Director Ejecutivo de la OIOE.
- Javier Silva Ruete, Ex Ministro de Economía y Finanzas.
- Dionisio Romero Seminario –declaraciones ante el Congreso y en la instrucción-, Presidente del Directorio del Banco de Crédito.
- Martín Naranjo Landerer, Ex Superintendente de Banca y Seguros.
- Valentín Paniagua Corazao, Ex Presidente Constitucional de la República.
- José Vicente Valderrama León, Representante de OIOE en la Junta General de Accionistas de COFIDE.
- Pedro Emilio Meneses Cataneo, Ex Gerente de Asesoría Jurídica de COFIDE.

**15°.** De las declaraciones prestadas en al acto oral, es de resaltar:

**A.** Que Dubois Freund anotó que el Banco Latino, como todos los Bancos, estaba sometido a un régimen de visitas por la SBS, y recién a fines de mil novecientos noventiocho se le sometió a un régimen especial; que el martes ocho de diciembre se realizó una reunión en la sede del MEF, bajo la presidencia del Ministro Baca Campodónico, en la que participaron funcionarios del BCR, SBS, COFIDE y del MEF, ocasión en que se dio cuenta que no se había materializado la adquisición del



Banco Latino, que la visita realizada al Banco Latino por la SBS estableció que se requería de una capitalización de sesenta millones de dólares para seguir operando – desde octubre o noviembre de mil novecientos noventa y ocho empezó a recibir líneas de crédito del BCR-, y que como el principal acreedor era COFIDE –y principal afectado por una intervención- se optó a en que ésta capitalizara temporalmente las deudas –se cambió de líneas de crédito a acciones-, pues se consideró que más daños hubiera causado la intervención y liquidación –se entendió que era la única salida posible en esas circunstancias para que COFIDE pueda recuperar sus acreencias-. Por ello se instruyó a Sánchez Gamarra para la ejecución del Acuerdo, convocar la Junta General de COFIDE, designar a los representantes del Estado y acordar la capitalización y aporte de capital –esto último por expresa disposición de la Ley de Banca que exige un aporte de capital no menor del diez por ciento-; que recibió un informe legal del Gerente Legal y otro Informe Técnico del Gerente de Riesgos de COFIDE –previa a la Junta de Accionistas- que precisaba la legalidad de lo acordado; que dos días más tarde se reunió extraordinariamente el Consejo Directivo de OIOE y ratificó lo realizado por su Director Ejecutivo. En cuanto a la modificación de la Ley de Bancos, la coordinación con el Congreso corrió a cargo de la SBS. Finalmente, los recursos de COFIDE no eran públicos –incluso el aporte en efectivo se hizo con fondos de la institución, no del Tesoro Público-, no están en el Presupuesto Público, por imperio legal los captaban del exterior y el Estado, como tal, no lo respaldaba; no era una deuda soberana.

**B.** Que Baba Nakao expresó que para las decisiones que tomó como Presidente de COFIDE tuvo a la vista el informe legal y el técnico de COFIDE, que la capitalización era una operación de inversión y, en su consecuencia, colocada en el activo del balance –no era un gasto colocado en el estado de ganancias y pérdidas-. La capitalización temporal en el Banco Latino tenía como propósito la estabilidad de COFIDE y las fuentes de los recursos de COFIDE eran, todas, del exterior. Que, sin embargo, el Estado realizó aportes de capital, proveía de fondos a COFIDE –lo hacía cada vez que se iba creciendo en sus actividades financieras-; y, el MEF, a través de la OIOE aprobaba y supervisaba el presupuesto de COFIDE. El aporte en efectivo era de la propia institución, de una caja destinada a satisfacer los requerimientos de las instituciones financieras. La crisis financiera costó al país el dos por ciento del PBI, y si no se hubiera actuado como se hizo las pérdidas serían mucho mayores. El objetivo de COFIDE fue trabajar el Banco y venderlo lo antes posible, pero a medida que pasó el tiempo advirtieron que las cifras reflejadas en los estados financieros no tenían las provisiones adecuadas; se hicieron tres intentos de venta con resultados infructuosos.

**C.** Que Chang Ching acotó que se reunió con Martín Naranjo Landerer –aunque no le mencionó específicamente el caso del Banco Latino- y a raíz de sus conversaciones con él propuso un texto alternativo al Proyecto de Ley que con carácter de urgencia envió el Poder Ejecutivo para modificar la Ley de Banca, que es el que finalmente se aprobó; y, que cuando la norma modificada dice “terceros”, incluía al Estado, cuya dación derogaba las normas que se le oponían.

**D.** Que Bringas Delgado expresó que se ratificaron las disposiciones tomadas por el Director Ejecutivo de OIOE, las que podía hacer porque estaba autorizado para ello; que los recursos de COFIDE no son recursos del tesoro; que la OIOE aprobaba su presupuesto, el mismo que comprende tanto la parte operativa y la parte administrativa, como el balance, proyección, estados de cuenta y las líneas de créditos para préstamos, incluso la asignación de fondos para sus actividades financieras-, todo lo cual está controlado por la Contraloría General de la República;

que ese presupuesto, y el del conjunto de las empresas del Estado, es tomado en cuenta por el Estado desde una perspectiva macro económica, si sus niveles de gastos contribuyen o no a las cifras macro económicas, si benefician o no al país.

**E.** Que Jaililie Awapara puntualizó que en la Ley del Presupuesto no entra ningún componente la participación de las empresas del Estado; que por un ámbito de especialización, propia del manejo de la capacidad empresarial del Estado, el presupuesto de las empresas públicas se manejan en forma paralela; que los bienes de COFIDE son administrados por su Directorio –cuyos integrantes responden ante la Contraloría General de la República-, no interviene el Ministro de Economía y Finanzas aún cuando dirige el Sector en su conjunto donde se encuentra COFIDE; que el presupuesto que aprueba la OIOE comprende la parte operativa, la parte administrativa y la parte de inversiones; además, la OIOE controla y regula el gasto.

**F.** Que Almenara Díaz Pezo mencionó que la OIOE era un organismo o unidad ejecutora adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas; que por imperio de la Ley, como Vice Ministra de Economía, presidía la OIOE; que correspondía a la OIOE aprobar el presupuesto desagregado de las empresas públicas, su marco presupuestal global se aprobaba mediante Decreto Supremo; que la OIOE regulaba la actividad presupuestal de las empresas públicas, cuyos recursos eran propios y manejaban en forma independiente, a la vez que administraba los recursos que le derivaban como utilidades las citadas empresas; que, de otro lado, el Consejo Directivo de OIOE autorizó al Director Ejecutivo a que procediera a la convocatoria de Junta de Accionistas y coordinara con todas las instancias requeridas; que en el caso del Banco Latino el Consejo Directivo de OIOE ratificó las medidas y los acuerdos correspondientes; que durante su gestión no hubo aporte alguno de OIOE hacia COFIDE.

**16°.** Las declaraciones leídas dan cuenta de lo que a continuación se indica:

**A.** MARTÍN NARANJO LANDERER –testifical de fojas dos mil seiscientos treinta y siete- indica que la SBS –y él como Superintendente de Banca y Seguros- invitó mediante una carta al Presidente de COFIDE, Luis Baba Nakao, para la capitalización de las acreencias que tenía en el Banco Latino, lo que fue aceptado por éste –así se lo hizo saber mediante la comunicación respectiva-, a fin de restablecer la salud del sistema financiero, del citado Banco; que el año anterior a la capitalización la SBS realizó hasta tres visitas de inspección al Banco Latino, que detectaron transgresiones a la ley de bancos; que el plan de reestructuración presentado por el Banco Latino a exigencia de la SBS no se materializó, lo que motivó otra visita de inspección; que el proyecto para modificar la Ley de Bancos fue redactado por la SBS y tenía como objeto dotarla de herramientas para el tratamiento de los bancos en problemas, que en ese momento eran diez; que con la modificación de la Ley de Bancos pudo declarar primero el régimen de vigilancia y luego, ante la pasividad de los accionistas del Banco Latino, invitó a COFIDE como tercero a que aporte el capital necesario, lo que en efecto hizo; que para decidir esa alternativa contó con el informe de la Asesoría Legal de la SBS, que informó que no existían problemas legales al respecto –luego, otros informes jurídicos externos ratificaron esa decisión-, en el sentido que cuando la Ley decía “terceros” no excluía a COFIDE de poder hacerlo; que el modelo, de intervención de capitales del Estado para solucionar crisis financieras, había sido seguido en varias ocasiones en el Perú, y el mundo el setenta y cuatro por ciento de los casos de quiebra bancaria se resolvió de esa manera; que incluso un caso en que no fue exitoso al igual que el presente fue

el del Banco Popular; que, por último, el modelo que se siguió necesariamente requería de un cambio legal.

**B. PABLO EMILIO MENESES CATANEO** –testifical de fojas dos mil cuatrocientos setentinueve- sostiene que como Gerente de Asesoría Jurídica de COFIDE formuló, en base a la nueva ley, el Informe Legal favorable a la participación de COFIDE en esa operación de rescate financiero; que se trataba de un informe a instancia de la institución, que luego fue ratificado por informes jurídicos de abogados externos; que el órgano encargado de ejecutar la capitalización de acreencias fue el Directorio de COFIDE.

**C. LUCÍA CAYETANA ALJOVIN GAZZANI** –testifical prestada ante la Cuarta Fiscalía Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios de fojas mil novecientos dieciseis- precisa que era miembro del Consejo Directivo de la OIOE, institución que dependía del Ministerio de Economía y Finanzas, concretamente del Vice Ministerio de Economía; que llegó a tener conocimiento que al siete de diciembre se había frustrado la venta del Banco Latino y se hablaba de un riesgo sistémico, fecha en que el señor Sánchez Gamarra le solicitó su opinión verbal respecto a las facultades que tenía para poder nombrar representantes del Estado ante la Junta General de Accionistas; que le hizo saber que podía hacerlo porque había un Acuerdo del mes de agosto que lo autorizaba; que en la reunión del diez de diciembre de mil novecientos noventa y ocho estuvo presente el íntegro del Directorio de la OIOE y se suscribió el acta de esa fecha que ratificaba la decisión adoptada por el Director Ejecutivo –que a su vez coordinó sus acciones con el Ministro Baca Campodónico-, decisión que fue tomada en beneficio de COFIDE, pues si no se capitalizaba las acreencias se perdía millones de dólares; que esa capitalización fue una operación temporal, pero no se señaló un lapso de tiempo; que a estos efectos, con posterioridad, se recogió el Informe legal del Doctor Alberto Bustamante.

**D. DIONISIO FERNANDO ROMERO SEMINARIO** –testifical de fojas dos mil cuatrocientos ochentidós- apunta que es Presidente del Banco de Crédito y como tal fue entrevistado en el Congreso acerca del Banco Latino –así declaración transcrita a fojas setecientos setentiocho-; que la opinión que vertió en esa ocasión era de carácter general y pensaba que ante la situación creada lo mejor hubiera sido dejar caer al Banco Latino e intervenirlo, puesto que son las leyes del mercado las que deben regular ese procedimiento; que no tuvo participación alguna en los hechos ni en la Ley que modificó la Ley de Bancos.

**E. PEDRO EMILIO SÁNCHEZ GAMARRA** –testifical prestada ante la Cuarta Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de fojas mil veintiocho- informa que entre agosto de mil novecientos noventa y ocho a abril de mil novecientos noventa y nueve fue Director Ejecutivo de la OIOE –nombrado por el Ministro Baca Campodónico-, institución que integraba el Ministerio de Economía y Finanzas, encargada de la gestión presupuestal, de emitir directivas de ejecución presupuestal, de la evaluación presupuestal, y de ejercer la representación de las acciones del Estado en las empresas públicas; que las instrucciones que emitió para la capitalización temporal de acreencias de COFIDE en el Banco Latino fueron producto de las directivas impartidas por el Ministro Baca Campodónico; que la capitalización fue una medida que permitía mantener la posibilidad de recuperar las acreencias y colocaciones de COFIDE en el Banco Latino; que para ello se tuvo en cuenta los Informes Legal y Técnico de la Institución; que la única solución viable en ese momento era la que se adoptó; que no era procedente la prohibición del artículo 7° de la Ley de Banca porque se trataba de una medida temporal o de carácter transitorio realizada por una tercera persona jurídica diferente del Estado.

**F. JOSÉ VICENTE VALDERRAMA LEÓN** –testifical prestada ante la Cuarta Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de fojas mil veintidós– sostiene que cuando los hechos era Director de COFIDE; que el Director Ejecutivo de la OIOE Pedro Emilio Sánchez Gamarra lo nombró representante del MEF ante la Junta General de Accionistas de COFIDE, y como tal, siguiendo las instrucciones que se le cursaron, votó a favor de los tres Acuerdos adoptados por unanimidad en la Junta General de Accionistas del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho: **a)** autorizar a la Administración de COFIDE a capitalizar temporalmente las acreencias en el Banco Latino hasta por la suma de cincuenticuatro millones de dólares americanos, **b)** autorizar un aporte adicional temporal en efectivo por cinco millones cuatrocientos mil dólares americanos como capital en el Banco Latino, y **c)** nombrar como representante ante la Junta de Accionistas del Banco Latino a realizarse el mismo día a Luis Baba Nakao; que tenía conocimiento que la SBS había invitado a COFIDE a tener una participación accionaria en el Banco Latino, y esa acción fue avalada por varios informes legales.

**G. JAVIER EDILBERTO SILVA RUETE** –testifical de fojas dos mil setecientos once– refiere que era Ministro de Economía y Finanzas cuando se dictó el Decreto de Urgencia número 117-2000; que, a su juicio, la capitalización que efectuó COFIDE fue ilegal; que el citado Decreto de Urgencia se dictó para honrar las obligaciones de COFIDE en el exterior, en cuya virtud el Ministerio de Economía y Finanzas hizo un aporte de sesenta millones de dólares y ordenó que se capitalice en COFIDE, así como que esta institución emita las acciones correspondientes a nombre del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado –en adelante, FONAFE–; que la causa por la que se realizó la capitalización a través de dicha norma era la insolvencia de COFIDE debido a la falta de recuperación de sus operaciones financieras.

**H. VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO** –testifical de fojas dos mil quinientos treintisiete– manifiesta que fue Presidente de la República durante el Gobierno de Transición; que el Decreto de Urgencia número 117-2000 se expidió previo informe del Comité de Asuntos Económicos y Financieros del Consejo de Ministros, precedido de los informes legales y económicos respectivos; que su finalidad fue fortalecer el patrimonio de COFIDE.

**17°.** Las partes procesales han incorporado al debate, mediante su oralización y explicación de su contenido probatorio la siguiente prueba instrumental:

- Informe de Visita de Inspección número ASIF “A”-012-VIE/98, del veintisiete de enero de mil novecientos noventa y ocho, de fojas ciento doce.
- Informe de Visita de Inspección número ASIF “A”-110-VI/98, del siete de agosto de mil novecientos noventa y ocho, de fojas ciento veinte.
- Informe de Visita de Inspección número ASIF “A”-017-VI/98, del veintidós de enero de mil novecientos noventa y nueve, de fojas ciento treintiocho.
- Informe de Visita de Inspección número ASIF “A”-198-VI/98, de fojas ciento sesentiuono.
- Oficio número 10226-98, del siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, de fojas ciento setenta, del Superintendente de Banca y Seguros al Presidente del Directorio del Banco Latino, que comunica que el Banco se sometía a régimen de vigilancia.
- Resolución SBS número 1220-98, del siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, de fojas ciento setenta y cuatro, que dispone la reducción del capital social del Banco Latino.

- Oficio número 10238-98, del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, del Superintendente de Banca y Seguros al Presidente de COFIDE, de fojas ciento setentisiete, invitándolo a participar en el capital accionariado del Banco Latino aportando la suma de cincuenta y nueve millones cuatrocientos mil dólares americanos.
- Resolución SBS número 1224-98, del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, de fojas ciento setentinueve, que autorizó el aporte de capital al Banco Latino a realizarse por COFIDE mediante la capitalización de sus acreencias.
- Acta de Junta General de Accionistas de COFIDE del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, de fojas ciento noventidós, que adoptó tres acuerdos: autorizó la capitalización temporal de las acreencias y un aporte adicional temporal al Banco Latino, así como nombró a Luis Baba Nakao como representante ante la Junta de Accionistas del Banco Latino.
- Informe número 00165-98/UAJ, del siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, del Doctor Pablo Meneses Cattaneo, Gerente del Área de Asesoría Jurídica de COFIDE, de fojas ciento noventicinco, que considera factible la intervención de la institución en el Banco Latino capitalizando sus acreencias y aportando capital.
- Informe Jurídico del Doctor Francisco Eguiguren Praeli del ocho de abril de dos mil dos a la Comisión Investigadora de delitos económicos y financieros mil novecientos noventa – dos mil uno, de fojas doscientos cuarenta y nueve, que consideró inconstitucional e ilegal lo realizado por COFIDE.
- Oficio número 688-98-EF/15.OIOE, del siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, de fojas doscientos noventitrés, del Director Ejecutivo de OIOE al Presidente del Directorio de COFIDE, Luis Baba Nakao, comunicándole la designación de los dos representantes del MEF – OIOE ante la Junta de Accionistas de COFIDE, cuya agenda será la capitalización de acreencias, el aporte de capital en efectivo y la designación de representante para asistir a la Junta General de Accionistas del Banco Latino de ese día.
- Acta de Sesión Extraordinaria del Consejo Directivo de OIOE, sesión número veinticinco, del diez de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, realizada a las nueve horas en el Ministerio de Economía y Finanzas, de fojas trescientos dos, que ratificó las instrucciones cursadas por el Director Ejecutivo a los representantes del MEF – OIOE ante la Junta General de Accionistas de COFIDE en la que se aprobó la capitalización de acreencias y el aporte de capital en al Banco Latino y se designó al representante ante la Junta General de accionistas del Banco Latino.
- Informe Jurídico del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, del catorce de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, de fojas doscientos treintiséis, que es favorable a lo que realizó COFIDE en el Banco Latino.
- Informe Jurídico del Estudio Jorge Avendaño Valdez – Abogados, del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, de fojas doscientos diecinueve, que es favorable a la participación temporal de COFIDE en el capital de una entidad bancaria.
- Informe número 00056-98/AR, del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, del Área de Riesgos de COFIDE, a cargo de Jacinta Hamman de Rivero, de fojas doscientos sesentiuno, que analiza la situación del Banco Latino y las perspectivas inmediatas de las tareas que debe realizar COFIDE.

El Banco Latino a fines de noviembre de mil novecientos noventa y ocho presentaba crisis de liquidez que originó que la SBS se instale en visita permanente desde el nueve de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, y al treinta de ese mes se advirtió un estancamiento en su volumen de negocios y perdió depósitos por doscientos millones de dólares americanos, a la vez que presentó un deterioro de su indicador de morosidad y de sus indicadores de rentabilidad. COFIDE tenía al siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho una exposición total crediticia de ochentinueve millones trescientos mil de dólares americanos. La situación del Banco estaba incurso en una causal para el régimen de vigilancia por insuficiencia financiera estructural, lo que en efecto se hizo el siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. La intervención de COFIDE, como resultado del aporte de capital, hace posible la continuidad de la empresa y facilita en el mediano plazo la recuperación de su salud financiera.

- Informe jurídico del Doctor Alberto Bustamante Belaunde del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, de fojas mil cincuenta, dirigido al Director Ejecutivo de la OIOE, que precisó que la capitalización de acreencias de COFIDE en el Banco Latino no convertía a este último en una entidad que realiza una actividad empresarial del Estado y, como tal, no está sometido a las regulaciones de la OIOE.
- Artículos periodísticos publicados en el Diario “Gestión” del once de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, de fojas tres mil quinientos cincuenta y seis a tres mil quinientos cincuentiocho, que consideraron positiva la intervención de COFIDE en el Banco Latino.

## **II. VALORACIÓN DE LA PRUEBA APORTADA.**

18°. La prueba personal e instrumental que se ha detallado en la Sección anterior permite al Tribunal, independientemente de una interpretación de su contenido en orden a las exigencias típicas objeto del título de imputación, que se realizará en otra Sección, formular las siguientes conclusiones:

A. Que la SBS estaba al tanto de la situación y evolución del Banco Latino. Los Informes elaborados con motivo de las visitas de inspección dan cuenta del progresivo deterioro financiero del Banco Latino, de los defectos de su conducción por el Directorio y de la vulneración de las normas bancarias. Los problemas financieros internacionales –mediante Resolución SBS número 1196-98, del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, se había sido liquidado el Banco República- agravaron aún más la situación del Banco. En tal virtud, el equipo económico del MEF, bajo la conducción del acusado Baca Campodónico, que tenía suficiente información de lo que venía ocurriendo, a instancias de la SBS diseñó un cambio normativo –ampliar la cobertura del Fondo de Seguro de Depósitos, agilizar la elaboración de la lista de los depositantes asegurados y pagarles de inmediato, así fojas dos mil ochenta y ocho – dos mil noventa y uno-. En el Congreso, previa conversación con el Presidente de la Comisión de Economía, y por iniciativa de éste –Doctor Luis Chang Ching- se amplió los términos de la reforma legal, al punto que se amplió la facultad de la SBS durante el régimen de vigilancia, se estableció la obligación de presentar a la SBS un informe explicativo de los acuerdos sobre dividendos o aplicación de utilidades y, señaladamente, se consignó como atribución adicional de la SBS que en caso los accionistas del Banco no efectuaran nuevos aportes de capital a efecto de reponer el capital destinado a cubrir las pérdidas,

podiera obtener directamente aportes de terceros, perdiendo los accionistas su derecho de preferencia –así, dictamen de la Comisión de Economía y Proyecto de Ley, de fojas dos mil noventidós a dos mil ciento siete, lo que dio lugar a la Ley número 27008, publicada el sábado cinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho-.

**B.** Que al fracasar un primer plan de aporte de capital por los propios accionistas del Banco Latino y, luego, ante el desistimiento de adquirir el Banco por un importante grupo financiero internacional, titular del Banco Lima Sudameris, se optó por insistir en la nueva perspectiva normativa. En tal virtud, el acusado Baca Campodónico, y su equipo Económico, estimaron que no era conveniente para el país la intervención y ulterior liquidación del Banco Latino –por la presencia, según ellos, de un serio riesgo sistémico y por el nivel de compromiso con recursos del Estado que tenía-, en consecuencia, se llegó a la conclusión que la única salida viable en ese momento era que COFIDE, principal acreedor del Banco Latino, como ‘tercero’, efectúe el aporte de capital.

**C.** Que, sobre esa base, el acusado Baca Campodónico decidió que se proceda de esa forma y cursó las directivas correspondientes a los funcionarios de la OIOE y de COFIDE, quienes siguieron sus indicaciones. Con tal finalidad, previa a la decisión en cuestión y a su ulterior ejecución, se recabó de COFIDE dos informes internos de la Gerencia de Riesgos y de la Gerencia Legal, con los cuales, desde la perspectiva del equipo económico del MEF, se justificaría técnica y jurídicamente la intervención de COFIDE en el accionariado del Banco Latino. Según los acuerdos arribados y lo declarado por los funcionarios concernidos la participación accionaria de COFIDE sería temporal –así se consignó en la documentación oficial-, pero no se definió un plazo determinado de salida de COFIDE del indicado Banco.

**D.** Que el problema fue que, a final de cuentas, no se pudo reflotar el Banco Latino –incluso se descubrió un déficit de provisiones mayor al inicialmente configurado, como consta del Informe ASIF “A” 114-OT/99, de julio de mil novecientos noventa y nueve-, que años más tarde, concretamente el dos mil, fue absorbido por el Interbank –a estos efectos se dictó el Decreto de Urgencia número 108-2000 que instauró un Programa de Consolidación del Sistema Financiero-, con las pérdidas que ello significó para COFIDE –que tuvo que castigar totalmente las acciones que poseía en el Banco Latino, como se acordó en la Junta General de Accionistas del tres de enero de dos mil uno- y, luego, para el Estado, puesto que mediante Decreto de Urgencia número 117-2000 se vio obligado a disponer la capitalización de los saldos adeudados por COFIDE al MEF hasta por un monto de sesenta millones de dólares.

**E.** Que, ahora bien, la discusión en sede penal está radicada, no en las supuestas bondades, motivaciones o premisas económicas y financieras para el país de la operación de salvataje del Banco Latino que dispuso el acusado Baca Campodónico como Ministro de Economía y Finanzas, sino en la legalidad de esa decisión que implicó, en ese momento, la participación de COFIDE como accionista del Banco Latino a través de una capitalización, tildada de temporal, de sus acreencias por cincuenta y cuatro millones de dólares americanos y un aporte adicional en efectivo de cinco millones de dólares, que salieron de sus propias arcas; montos que finalmente no se recuperaron, se perdieron irremediablemente. Están implicadas varias normas, específicamente el artículo 7° de la Ley de Bancos, el artículo 60° de la Constitución, el artículo 3° de la Ley número 25694, y el artículo 99° de la Ley de Bancos, en relación con el artículo 389° del Código Penal, que tipifica el delito de malversación.

### III. FUNDAMENTOS DE DERECHO. ANÁLISIS JURÍDICO PENAL.

19°. Antes de examinar el aspecto propiamente jurídico penal, en atención a lo expuesto en el literal d) del párrafo anterior, es menester exponer el entramado legal extra-penal que rodeó a la decisión y ejecución de la capitalización de acreencias y aporte de capital de COFIDE al Banco Latino.

**A.** La actividad empresarial del Estado, prescribe el artículo 60° de la Constitución, en los marcos de una economía social de mercado, tiene carácter subsidiario [el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que por tal principio de subsidiaridad de la actuación del Estado en la economía, el Estado realiza una función supletoria ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común, que se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada: así, Sentencia del Tribunal Constitucional –en adelante, STC- número 008-2003-AI/TC, del once de septiembre de mil novecientos noventitrés]. Precisa la citada norma constitucional que el Estado sólo por ley expresa puede intervenir empresarialmente, directa o indirectamente, y siempre “...por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Se requiere, entonces, una ley formalmente aprobada por el Congreso que autorice la realización de una actividad comercial por parte de entidad estatal; además, compete al Congreso, en la necesidad de evitar que el Estado distraiga recursos públicos en el desarrollo de actividades que no son prioritarias determinar cuando se está ante una situación de interés público o de manifiesta conveniencia nacional (Conforme: GUTIÉRREZ CAMACHO, WALTER: *Principio de Subsidiaridad*, En: La Constitución Comentada, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, dos mil seis, Tomo I, página ochocientos cuarentidós). Por lo demás, la noción “interés público”, como ha precisado el Tribunal Constitucional, “...es todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares” (STC número 3238-2003-AA, del quince de junio de dos mil cuatro).

**B.** COFIDE actúa en el marco de Ley número 24948, del veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochentiocho, Ley de la Actividad Empresarial del Estado. Es una empresa que integra la actividad empresarial del Estado e interviene en la actividad financiera. Es, además, una empresa de economía mixta, esto es, una persona jurídica de derecho privado, en la que el Estado tiene directa o indirectamente una participación accionaria mayoritaria que le garantiza el control de las decisiones de toda índole en los órganos de gobierno de la sociedad (así, artículos 4°.e’ y 8°, de la referida Ley). Según el artículo 2° de sus Estatutos, aprobados por Resolución Suprema número 158-93-EF, del dieciocho de diciembre de mil novecientos noventitrés, y modificado por la Resolución Suprema número 016-98-EF, del uno de marzo de mil novecientos noventa y ocho, es una empresa de economía mixta, organizada como sociedad anónima, que cuenta con autonomía administrativa, económica y financiera, y que conforme al artículo 4° del mismo Estatuto forma parte del sistema financiero nacional, cuyo objeto es “...contribuir al desarrollo integral del país mediante la captación de fondos e intermediación financiera para la promoción y financiamiento de inversiones productivas y de infraestructura pública y privada a nivel nacional-”. Para el cumplimiento de sus funciones, COFIDE podrá canalizar recursos financieros de fuentes nacionales o internacionales así como los fondos asignados en el Presupuesto General de la República, donaciones y otros



similares [artículo 2° del Decreto Ley número 25694, del veintiocho de agosto de mil novecientos noventidós]; y, lo hará –realizará las operaciones y servicios de intermediación financiera compatibles y conforme a las regulaciones de la legislación bancaria, a las disposiciones de la SBS y, como es obvio, en el estricto ámbito de su objeto social, tal como dispone el inciso 15) del artículo 11° de su Estatuto.

**C.** El proceso presupuestario público fijado para las empresas del Estado, sin duda, es diferente del Gobierno Central –de hecho, el presupuesto de aquéllas no integra el Presupuesto General de la República-. En el año mil novecientos noventiocho el indicado proceso presupuestario, siempre presente por tratarse de recursos públicos, fue definido por el artículo 14° de la Ley de Presupuesto para ese año, Ley número 26894, que estableció que el MEF dicta las normas referidas al mismo, dentro del marco de lo dispuesto en la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y la propia Ley de Presupuesto. Además, corresponde al MEF, a través de la OIOE, emitir Directivas en los aspectos presupuestales de las empresas públicas. Así las cosas, el presupuesto consolidado de Ingresos y Egresos de las entidades del Estado, a partir de la Ley de Presupuesto de la República de mil novecientos noventiocho, fue aprobado mediante Decreto Supremo número 047-98-EF, del diecisiete de junio de mil novecientos noventiocho.

**D.** El artículo 7° de la Ley de Bancos, del nueve de diciembre de mil novecientos noventiseis, estipula que *“El Estado no participa en el sistema financiero nacional, salvo las inversiones que posee en COFIDE como banco de desarrollo de segundo piso”*. Esto último significa que sólo canaliza recursos financieros a sectores específicos de la economía con el fin de fomentar su desarrollo, pero no de manera directa, sino a través de otras instituciones financieras intermediarias.

**E.** El modificado artículo 99° de la Ley de Bancas, en su literal c), sancionó que en cualquier momento del Régimen de Vigilancia la SBS está facultada para: *“Requerir a los accionistas que efectúen nuevos aportes de capital en efectivo de forma inmediata. En el caso que los accionistas no lo efectúen, pierden su derecho preferencial y la Superintendencia está facultada para obtener dichos aportes de terceros”*[Ley número 27008, del cinco de diciembre de mil novecientos noventiocho].

**F.** El artículo 3° del Reglamento de Organización y Funciones del MEF, aprobado por Resolución Ministerial número 092-EF/43, del seis de marzo de mil novecientos noventidós, fija como funciones del MEF, entre otras, conforme al artículo 3°, b), *“Planear, dirigir y controlar las políticas de la actividad empresarial financiera del Estado así como armonizar la actividad económica.”* A su vez, el artículo 6° estatuye que el Ministro establece los objetivos y orienta, formula, dirige y supervisa las políticas del Sector, en armonía con la política general y los planes del Gobierno. De otro lado, desde el propio funcionamiento de COFIDE, el artículo 22° de su Estatuto estipula que *“La administración general de la sociedad y la dirección de los negocios de la misma, están a cargo de un Directorio conformado ...”*.

**20°.** El Congreso y, en especial, la Fiscalía han calificado los hechos imputados al acusado BACA CAMPODÓNICO como delito de malversación, previsto y sancionado por el artículo 389° del Código Penal.

Dicho tipo legal, en su texto originario, vigente cuando se cometieron los hechos, estatuye: *“El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a los que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.- Si resulta dañado o*

*entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años”.*

Posteriormente, mediante la Ley número 27151, del siete de julio de mil novecientos noventinueve, en lo pertinente, se estipuló: *“El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro”* -primer párrafo-.

Esta última norma, más benigna en el caso concreto por incluir mayores elementos objetivos y prever una pena menor, en comparación con la anterior, es la que debe ser objeto de análisis, pues exige, de un lado, que la aplicación que se da al dinero o bienes administrados sea definitiva; y, de otro lado, que esa aplicación afecte el servicio o la función encomendada. La nueva ley, en atención al último requisito, convirtió el delito en uno de resultado

**21°.** El delito de malversación exige referirse a tres cuestiones previas, de particular importancia, para definir el ámbito de la prohibición penal y el propio sentido del fallo. Son: el bien jurídico, el objeto material del delito y el sujeto del delito –en especial los dos últimos, que integran el punto central de la pretensión defensiva o resistencia del imputado-.

**A. Bien jurídico.** El delito de malversación, estima el Tribunal, tiene como bien jurídico protegido –u objeto jurídico de tutela-, uno de carácter supraindividual y de tipo funcional, concretado en el eficaz desarrollo de la Administración Pública, referida específicamente a la integridad del funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado –con un claro sentido instrumental- para que ésta pueda cumplir los fines que le son propios –correcta gestión del patrimonio público-. Se tutela, en suma, que el dinero o los bienes públicos que se pone a disposición del funcionario público sean administrados conforme a las finalidades previstas en la ley y a sus deberes de objetividad e imparcialidad, de acuerdo a los principios del Estado de Derecho.

**B. Objeto material del delito.** Aún cuando el tipo legal no lo menciona expresamente; sólo hace referencia a que el dinero o los bienes deben ser aquellos que administre el funcionario o servidor público, es de entender que éstos -dinero o bienes- deben ser públicos, tanto por la colocación del tipo entre los delitos contra la Administración Pública cuanto por el carácter de la función del agente sobre ellos [CREUS, CARLOS: *Derecho Penal – Parte Especial*, tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, mil novecientos noventidós, página doscientos ochenticuatro].

En el presente caso se trata de dinero de COFIDE. Ésta capitalizó parte de sus acreencias y aportó, en metálico o efectivo, otra cantidad significativa, el diez por ciento del primer concepto. Independiente de cualquier consideración de derecho administrativo o financiero, a los efectos de la tutela penal es menester una calificación funcional al objeto jurídico de tutela. Así las cosas, merece tal calificación el dinero que pertenece a la Administración, a cualquiera de sus órganos o instituciones que la integran, para el cumplimiento de sus fines. Esta concepción amplia de Administración, incluye por cierto a las empresas del Estado, solo requiere que sean de propiedad pública, para lo cual basta que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad.

Es cierto que la Quinta Disposición Final del Reglamento de la Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aprobado por Decreto Supremo número 027-90, del tres de abril de mil novecientos noventa, estatuye que los recursos que integran el patrimonio de las empresas de economía mixta –como sería el caso de COFIDE- no son fondos públicos –sólo estipula esa calidad para las empresas de derecho público- [incluso, varios de los dictámenes jurídicos que se han incorporado en autos, insisten en esa determinación, centrada en las perspectivas de Derecho financiero o bancario]. Empero, esa definición legal, aportada por una norma de segundo nivel, que lo hace –según su texto- para no comprometer la responsabilidad del Estado en el tráfico jurídico, no puede ser aplicada sin mas al Derecho penal. Es de afirmar al respecto, que por las necesidades de protección del bien jurídico, corresponde uniformemente la gestión de los recursos de dinero y bienes del Estado relacionados con sus fines constitucionales. No es posible hacer diferencias según se trate de dinero del gobierno nacional, de los gobiernos regionales y locales, de organismos públicos o de empresas del Estado –que, administrativamente, pueden ser calificados de entes autárquicos-. En este último caso, además, su presupuesto y demás reglas de funcionamiento económico, todas bajo un mismo patrón, están sometidas a una legislación especial, de directa intervención del MEF, a través en ese entonces de OIOE, hoy FONAFE: Ley del Sistema Nacional de Presupuesto de la Actividad Empresarial del Estado, Decreto Legislativo número 513, del veintiocho de abril de mil novecientos ochentinueve; a la vez que están sujetas al control de la Contraloría General de la República –Capítulo XI del Reglamento de la Ley de la Actividad Empresarial del Estado-, lo que explica el carácter de esos dineros y bienes, y las necesidades de protección y control.

No hay duda que los montos cuestionados –los que prestó y capitalizó, y los que aportó directamente- eran de COFIDE , que ésta integra la actividad empresarial del Estado, que para los préstamos, capitalización de acreencias y aporte de capital fresco se invocó la finalidad que el ordenamiento jurídico deparó a COFIDE, y que desde esa perspectiva, eminentemente pública, compatible con los fines generales de orientación económica del Estado, se sustentó la intervención en el Banco Latino.

Por tanto, carece de virtualidad a efectos penales insistir en que el dinero prestado y el dinero aportado al Banco Latino provenían de líneas del exterior y que el Estado, a través del MEF, no aportó suma alguna para ese concepto. Todo ese dinero forma parte de los activo de COFIDE.

**C. Sujeto activo.** El delito de malversación exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas. En *primer lugar*, ha de ser un funcionario o servidor público, a cuyo efecto debe estarse a las definiciones legales del artículo 425° del Código Penal, modificado por la Ley número 26713, del veintisiete de diciembre de mil novecientos noventiseis. En *segundo lugar*, ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración del dinero o bienes que se malversan; esto es, el manejo y disposiciones del dinero y bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos [así, DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, dos mil dos, página doscientos sesentisiete].

No hay duda de la calidad de funcionario público del acusado, como Ministro de Estado. Es un cargo político y, como tal, incluido en el inciso dos del artículo 425° del Código Penal. Una *tesis amplia, flexible*, compatible con la mejor protección del bien jurídico, identifica como autores no sólo a los funcionarios públicos a los que la ley encomienda específicamente la administración del dinero o bienes –en el presente

caso, el Directorio de COFIDE, conforme al artículo 22° de su Estatuto-, sino también a todos aquellos que tengan competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos, capacidad legal de poder disponer de ellos –en el sublíte, el Ministro como titular del Sector artículo 3°, literal b), del Reglamento de Organización y Funciones del MEF- y, por cierto, los funcionarios de la OIOE-. Recuérdese que la decisión –que importó la disposición de recursos públicos- la adoptó el acusado como Ministro de Estado en los marcos de su actividad como titular del Sector Economía y Finanzas, que fue cumplida por los funcionarios a su cargo, a su vez titulares de la OIOE y de COFIDE [el artículo 25° de la Ley del Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo número 560, del veintinueve de marzo de mil novecientos noventa, en esa línea, prescribe que corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros, planear, dirigir y controlar las políticas de la actividad empresarial financiera del Estado]. Se trató de una política pública destinada a enfrentar un problema en el sector financiero, que involucró recursos públicos y la intervención de varios funcionarios del Equipo Económico, decisión que fue cumplida, en sus propios términos, por funcionarios públicos de su Sector y, en especial, de la OIOE y de COFIDE.

Por lo demás, aún si se sigue la *tesis estricta*, que por cierto no es la posición de este Tribunal, la conducta del acusado necesariamente estaría encuadrada dentro del supuesto de *instigación*, pues conforme al artículo 24° del Código Penal determinó a los Directores de COFIDE a una disposición de recursos públicos.

**22°.** El **comportamiento típico** del delito de malversación consiste en dar una aplicación pública diferente y definitiva al dinero o bienes públicos. El **resultado típico** que debe ocasionar es la afectación del servicio o función encomendada.

**A. Comportamiento típico.** No está en discusión que el dinero que COFIDE comprometió en el Banco Latino, desde la lógica asumida importó una aplicación pública, pues se destinó al sector financiero, sede de la actuación de dicha empresa y con cargo a su propia actividad de intermediación financiera. Se discute por la defensa tanto que se trató de un destino indebido o ilegal, cuanto que no fue una aplicación definitiva.

Se ha mencionado que la aplicación del dinero no fue diferente porque se realizó al amparo de una invitación de la SBS a COFIDE, así configurada en las reuniones del Equipo Económico dirigido por el acusado, para lo cual se contaba con el nuevo texto del artículo 99° de la Ley de Banca, que autorizaba a la SBS a obtener aportes de capital de terceros, que COFIDE es una sociedad de economía mixta con autonomía financiera –distinta del Estado, como tal-, y que la prohibición del artículo 7° de la Ley de Banca –que limita la participación del Estado en el sistema financiero nacional salvo las inversiones que realiza en COFIDE como banco de desarrollo de segundo piso- no le es aplicable.

Al respecto, es de acotar, en primer lugar, que el aporte de terceros –artículo 99° de la Ley de Banca-, consagrado por la Ley número 27008, sólo puede entenderse correctamente desde la perspectiva sistemática del ordenamiento jurídico, que comprenda lo que estipula la Constitución, los Estatutos de COFIDE y la propia ley de banca, en especial el citado artículo 7°. En segundo lugar, independientemente de las necesidades de políticas públicas, por imperio de la Constitución se requería Ley expresa para un acto de intervención empresarial del Estado en el sistema financiero. Y, en tercer lugar, evidentemente, una inversión tan significativa como la efectuada no puede catalogarse como una adquisición funcional compatible con la estricta

delimitación del objeto social de COFIDE –en modo alguno alterado por la nueva Ley número 27008- de banco de segundo piso.

Por consiguiente, se concluye que se dio al dinero público una aplicación diferente.

También se ha afirmado que la aplicación del dinero no fue definitiva. Es cierto que en las actas de OIOE y de COFIDE –además, las testificales son uniformes en este sentido- se consignó que el aporte sería temporal –en especial, acta de COFIDE de fojas ciento noventidós-. Pero, también es verdad que, a final de cuentas, la anunciada temporalidad no se concretó, pues COFIDE no saneó al Banco Latino ni recuperó su inversión. No obstante que lo último operó, finalmente, cuando el acusado ya no era Ministro de Economía y Finanzas, el concepto “definitividad” incorporado en el tipo legal está vinculado al carácter de los bienes, quiere decir que se trata de aquellos que por su naturaleza importen su devolución al estado original, que no impliquen el consumo o la disminución de su idoneidad [así, ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Editorial Palestra, Lima, dos mil tres, página trescientos ochentitrés]. Esto no es el caso del dinero invertido por COFIDE en el Banco Latino; el posterior reintegro no sólo no se produjo –*ex post*, se advirtió que ello de inicio era imposible-, sino que por su propia naturaleza o carácter no podría tener lugar por tratarse de una inversión millonaria.

Se trató, en consecuencia, de una aplicación definitiva.

\* En este mismo orden de ideas, es de hacer mención al requerimiento del Señor Fiscal Adjunto Supremo respecto a la expedición del Decreto de Urgencia número 041-99, del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve, a partir del cual estima que deben expedirse copias para iniciar la persecución penal contra el entonces Ministro de Economía y Finanzas Víctor Dionisio Joy Way Rojas por delito de malversación. Sin embargo, el artículo doscientos sesenta y cinco del Código de Procedimientos Penales exige que la presunta responsabilidad penal surja de los debates orales; hecho que no aparece de autos, no está vinculado a la situación jurídica del acusado Baca Campodínico, y ni siquiera ha sido motivo de referencia específica en el periodo probatorio del juicio.

En consecuencia, no procede la expedición de copias, sin perjuicio que por su ajenidad a este proceso, el Ministerio Público puede, si lo tiene a bien, iniciar la persecución penal correspondiente.

**B. Resultado típico.** La conducta típica ha de afectar el servicio o la función encomendada. No hace falta, por cierto, una lesión patrimonial, sólo se requiere la generación de un inconveniente en la prestación del servicio o función encomendada, cuyo origen es precisamente la indebida aplicación del dinero o bienes. Las dificultades en el servicio de intermediación financiera de COFIDE son obvias a partir de la ingente asignación de recursos que realizó en una operación sin amparo legal y, que más tarde, determinó el apoyo directo del Estado para viabilizar su función de intermediación financiera, con la dación del Decreto de Urgencia número 117-2000.

**23°.** Sin embargo, afirmar la tipicidad objetiva de la conducta objeto de acusación fiscal no conlleva, irremediablemente, a la condena del imputado. Se requiere, además, el cumplimiento de los demás requisitos del delito, en especial la antijuricidad y la culpabilidad penal.

El imputado ha insistido, al igual que los testigos vinculados al MEF, a la OIOE y a COFIDE, que la decisión que adoptó el imputado y ejecutaron los funcionarios bajo su conducción se debió a la presencia inminente de un riesgo sistémico en el sistema financiero nacional; que si bien la afectación alcanzó un promedio del dos por ciento del PBI, no hacerlo hubiera implicado una pérdida mucho mayor, del diez o del veinte por ciento del PBI.

El **estado de necesidad** aducido implícitamente, sin embargo, aún cuando fue esbozado como posibilidad razonable por todos los funcionarios del Sector y así fue indicado en el Informe número 00056-98/AR, del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, del Área de Riesgos de COFIDE, a cargo de Jacinta Hamman de Rivero, de fojas doscientos sesentinueve, al igual que en los análisis de expertos consignados en el Diario “Gestión”, no tiene el carácter de una auténtica encrucijada pues el presunto “mal”: riesgo sistémico con pérdidas excesivas para el país no ha sido pericialmente demostrado (no hay prueba de inevitabilidad del mal causado). En tanto se trata de un hecho impeditivo de la pretensión penal hecha valer por la Fiscalía, de la responsabilidad penal en suma –en la medida que el hecho constitutivo de la pretensión punitiva está acreditado-, corresponde al imputado acreditarlo, a cuyo efecto no es suficiente las simples referencias expuestas en un informe técnico de las características del mencionado.

**24°.** Un aspecto distinto es, desde la perspectiva de la culpabilidad, la presencia de un **error de prohibición** (equivocación acerca de la antijuricidad del hecho), también implícitamente esbozado por la defensa. En efecto, el imputado sostiene que la adopción de la medida, ahora cuestionada penalmente, contó con el asesoramiento jurídico correspondiente, y a partir de su aprobación fue que se siguió adelante en lo decidido.

Es cierto que, previa a la decisión asumida, COFIDE puso en conocimiento del Ministro el Informe Legal número 00165-98/UAJ, del siete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, del Doctor Pablo Meneses Cattaneo, Gerente de su Área de Asesoría Jurídica, de fojas ciento noventa y cinco, que considera factible la intervención de la institución en el Banco Latino capitalizando sus acreencias y aportando capital, porque el artículo 7° de la Ley de Banca es “...una norma referida a la realización de actividad empresarial de manera permanente o como un fin en sí mismo, pero no cuando se trata de acciones temporales o de carácter transitorio realizadas por una tercera persona jurídicamente diferente al Estado ...”. Igualmente, con posterioridad otros informes jurídicos elaborados por asesores jurídicos externos contratados por COFIDE incorporaron diversos fundamentos jurídicos, no estimando ilegal la intervención de COFIDE en el Banco Latino –véase fojas doscientos diecinueve, doscientos treinta y tres y tres mil novecientos cincuenta y tres-.

El *error de prohibición* está referido a la valoración que realiza el agente respecto a la conformidad de su comportamiento con el ordenamiento jurídico; interesa, según el artículo 14° del Código Penal, si el agente tuvo, en el momento de actuar, la posibilidad de conocer que el carácter ilícito de su comportamiento constituye una de las condiciones de la responsabilidad penal. En el presente caso es imprescindible preguntarse si el acusado desconocía que una norma legal prohibía el acto que realizó o si la interpretó de tal modo que consideró que su comportamiento era permitido. Ello está en función, como se ha dejado expuesto, a las disposiciones de la Constitución, de la Ley de Banca y del Estatuto de COFIDE. Se trata, pues, de una actividad que está legalmente reglamentada, de cuya valoración dependía determinar jurídicamente si la aplicación de dinero público contravenía la legalidad de la gestión

patrimonial pública –de ahí que se trata de un error de prohibición directo y no indirecto, pues el error incide en la norma de prohibición que se refiere al hecho y por ese cree que su acción está permitida-.

El análisis que debe hacerse para apreciar la evitabilidad del error –como en efecto sucedió, a tenor de lo expuesto en los párrafos vigésimo primero y vigésimo segundo- depende de dos elementos: **a)** si el autor ha tenido *razones* para pensar en la antijuricidad de la decisión adoptada, y **b)** la *posibilidad* de esclarecer la situación jurídica que ello implicaba. Como quiera que el ámbito bancario está escrupulosamente regulado y requiere de decisiones rápidas pero de gran rigor técnico, de suerte que una decisión equivocada o ilegal puede generar un daño a la comunidad, más aún en medio de una crisis bancaria, que está en su campo de actividad funcional como titular del Sector Economía y Finanzas, es de concluir que tuvo razones para pensar en la antijuricidad de una determinada opción, que en este caso fue la de disponer la intervención de COFIDE en la operación de salvataje del Banco Latino. Pero esta incógnita –las dudas que entrañan la aplicación de una decisión en un ámbito complejamente regulado como el bancario- sólo se supera a través de lo que la doctrina jurisprudencial alemana identificó como la *autorreflexión* y la *información* en una fuente jurídica confiable, que son los parámetros o criterios para juzgar la evitabilidad del error de prohibición en el caso individual, y que como acotan JESCHECK/WEINGEND, son los mismos para el que se aplica en el examen conforme a deber del autor en el hecho imprudente (*Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Editorial Comares, Granada, dos mil dos, página cuatrocientos noventidós) –además, la medida del cuidado, por la suma gravedad institucional de la decisión a adoptar, debía ser, desde luego, muy elevada, atendidas las circunstancias del caso y las cualificaciones del autor, muy encima de la media. En este último caso será de rigor tener presente si se contó con un informe técnico confiable, que lo será de un experto en el ámbito en el que se debe desarrollar el proyecto de acción (BACIGALUPO, ENRIQUE: *Derecho Penal – Parte General*, ARA Editores, Lima, dos mil cuatro, páginas cuatrocientos diecisiete a cuatrocientos veinte).

El acusado, como Ministro de Estado, no decidió aisladamente. La prueba actuada indica que tuvo en cuenta la opinión del Superintendente de la SBS, de su Jefe de Gabinete de Asesores, del Banco Central de Reserva y de COFIDE. Como aporte jurídico, contó con el citado Informe del Asesor Legal de COFIDE. Pero la valoración integral de lo sucedido debe involucrar no sólo hecho en sí sino sus repercusiones, y a partir de allí realizar un juicio acerca de la confiabilidad y suficiencia del informe jurídico que tuvo a la vista para decidir. Se requiere, como anota HURTADO POZO, que los esfuerzos destinados a obtener la información necesaria deben ser suficientes y serios (*Manual de Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima, dos mil cinco, página seiscientos sesentiocho), compatibles con la importancia y trascendencia del asunto.

En atención a lo expuesto, a la suma gravedad y trascendencia de la decisión, vista la situación crítica del Banco Latino, el volumen de los aportes que haría COFIDE y los posibles efectos sobre el sistema financiero y la política económica del gobierno, se tiene que el autor tendría que haberse procurado los conocimientos jurídicos necesarios y fidedignos antes del hecho, determinantes de un examen exhaustivo de la situación jurídica. Y, si se tiene en cuenta lo apresurado y, esencialmente, el pobre fundamento técnico jurídico del Informe en cuestión –que no podía pasar por alto al acusado al no ser convincente (así fluye del análisis respectivo que este Tribunal ha realizado en el párrafo anterior)-, sin que para ello se acuda –como debió hacerse- a otras imprescindibles fuentes de consulta, tanto al interior del Sector Economía y

Finanzas como, posiblemente, al Asesor Jurídico del Poder Ejecutivo [según el artículo 6° de la Ley Orgánica del Sector Justicia, Decreto Ley número 25993, del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, el Ministerio de Justicia es el asesor permanente en materia legal al Consejo de Ministros y brinda asesoría legal al Poder Ejecutivo]- e, incluso, a asesores externos, cuyo deber de reserva y en función al principio de confianza, minimiza riesgos de filtración al exterior [en esa misma perspectiva, GÜNTHER STRATENWERTH: *Derecho Penal – Parte General I*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, mil novecientos noventinueve, página trescientos diez], asesoría siempre posible pues el examen de la situación del Banco Latino venía teniendo lugar sistemáticamente desde un tiempo razonable, es de concluir que se trató, en todo caso, de un error evitable o vencible, cuya consecuencia jurídica es sólo la atenuación obligatoria de la pena. Es de insistir que, como apunta la doctrina penalista, cuando se está ante un supuesto de información improvisada y deficiente, decae el principio de confianza en aquélla y el autor no puede reclamar la inevitabilidad del error; éste siempre –reza la jurisprudencia germana-, para alcanzar un juicio correcto, ha de emplear todas sus fuerzas de conocimiento intelectual y todos sus valores morales (JESCHECK/WEINGEND , Obra Citada, página cuatrocientos noventa y cuatro), lo que no hizo en el presente caso.

#### **IV. DETERMINACIÓN DE LA PENA Y DE LA REPARACIÓN CIVIL.**

**26°.** La determinación de la pena debe tomar en consideración, de conformidad con el artículo 46° del Código Penal, los límites fijados por el tipo legal perpetrado. Como quiera que el delito de malversación está conminado entre uno y cuatro años de pena privativa de libertad, ese es el parámetro que ha de tenerse presente. Sobre esa base –pena legal abstracta- ha de valorarse la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho cometido.

**27°.** La pena legal concreta está en función a la atenuación por error de prohibición vencible, que conforme al artículo 14°, segundo párrafo, obliga a la atenuación de la pena, en función a la buena fe de actuación del agente. A ellos debe agregarse, desde los factores de medición individualizados, la condición de Ministro de Estado, sus amplias cualificaciones profesionales, y el monto global del dinero comprometido y finalmente afectado.

Desde esa perspectiva es razonable estimar que, en función a la cuantía de pena que corresponda imponer al acusado, así como a la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente –profesional altamente especializado y competente, que carece de antecedentes-, resulta proporcional y acorde al principio de prevención especial imponerle una condena condicional, conforme al artículo 57° del Código Penal.

**28°.** La fijación de la reparación civil, como la Corte Suprema lo ha venido reiterando, se fija en función al principio del daño causado; debe guardar proporción con el daño irrogado, en este caso, al Estado. Son aplicables los artículos 92° y 93° del Código Penal.

A estos efectos es de puntualizar, en *primer lugar*, que debe tomarse como referencia inicial, aunque no única, la suma de dinero aplicada delictivamente, y que finalmente se perdió: cincuenta y nueve millones cuatrocientos mil dólares americanos; y, en *segundo lugar*, que el daño referido al delito de malversación,



necesariamente atemperado por el principio de razonabilidad, se refiere propiamente a la perturbación del funcionamiento de una institución del Estado en función a la vulneración de la legalidad del manejo patrimonial de los recursos con que cuenta una institución para cumplir sus fines públicos. Por consiguiente, el criterio últimamente invocado se erige en el factor esencial para la determinación del monto de la reparación civil –entidad del daño y del perjuicio-, y no la automática referencia a la cuantía del dinero desviado, que por lo demás en el presente caso resultaría notoriamente desproporcionado.

**29°.** Ahora bien, a los efectos de los topes para la determinación de la reparación civil –atento a su naturaleza dispositiva-, es de tener en cuenta que el Ministerio Público solicitó la suma de cuatro millones de nuevos soles, mientras que la Procuraduría Pública, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 227° del Código de Procedimientos Penales, mediante escrito de fojas tres mil ciento setentiuo solicitó por concepto de reparación civil la suma de doscientos millones de nuevos soles por dicho concepto. Ese parámetro, como ha quedado expuesto, se aprecia en función a lo expuesto en el párrafo anterior.

## ***DECISIÓN***

**30°.** Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la Nación y con el criterio de conciencia que la Ley autoriza, los señores Vocales integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República;

## **FALLARON:**

**31°.** **CONDENANDO** a JORGE FRANCISCO BACA CAMPODÓNICO, cuyas generales de ley aparecen descritas en la parte introductoria de la presente sentencia, como autor de la comisión del delito de malversación de fondos en agravio del Estado.

**32°.** En tal virtud, le **IMPUSIERON tres años** de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el término de un año. **ESTABLECIERON** como reglas de conducta, las siguientes: **a)** prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin autorización de la Vocalía de Instrucción; **b)** comparecer personal y obligatoriamente a la Vocalía de Instrucción cada dos meses para informar y justificar sus actividades; y, **c)** pagar la reparación civil, salvo cuando demuestra que está en imposibilidad de hacerlo. Asimismo, en aplicación al artículo 426° del Código Penal, le **APLICARON** la pena principal –y, en este caso, conjunta con la privativa de libertad- de un año de inhabilitación conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal: privación del cargo o función que ejercía el condenado e incapacidad para obtener –en cuanto sean aplicables a la condición concreta del mismo- mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. **ORDENARON** su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención emanado de autoridad competente.

**33°.** **FIJARON** en dos millones de nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor del Estado.

**34°. MANDARON** que firme que sea la presente sentencia se inscriba en el Registro respectivo, se remitan los testimonios y boletines de condena; y, fecho, se remita el proceso el órgano jurisdiccional de origen para los fines legales correspondientes. Hágase saber en audiencia pública y tómesese razón donde corresponda.-

**SS.**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**PRÍNCIPE TRUJILLO**