

# PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Enero de 2014

Boletín N° 33



## PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



# CONTENIDO

## PRESENTACIÓN

Tres años del Proyecto Anticorrupción:  
Balance y perspectivas.

Página  
3 - 4

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Comentario a la Resolución Fiscal  
que archiva la investigación contra  
Alejandro Toledo y Elianne Karp.

Página  
5-14

## CASO: Universidad Nacional de Huancavelica

Sentencia de la Sala Penal Permanente  
de la Corte Suprema de Justicia recaída  
en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011.

Página  
14 - 18

## INTERNACIONAL

Porque no sólo pasa en el Perú.

Página  
19

## PRESENTACIÓN

# Tres años del Proyecto Anticorrupción Balance y perspectivas

Por **YVAN MONTOYA**  
*Asesor jurídico  
del IDEHPUCP*

En enero del 2011 iniciamos en el **Instituto de Democracia y Derechos Humanos**, y gracias al apoyo de la **Fundación para una Sociedad Abierta (OSI)**, un proceso de acompañamiento y a la vez de vigilancia de los órganos del sistema de justicia penal encargados de investigar, juzgar y sancionar los casos más graves de corrupción en el Perú. El objetivo fundamental es y sigue siendo coadyuvar con el fortalecimiento de dicho sistema y de ésta manera se pueda enfrentar eficazmente las investigaciones y el juzgamiento de los delitos contra la administración pública.

Las tres líneas de trabajo que hemos desarrollado a lo largo de estos tres años han sido fundamentales y han dado ya sus primeros frutos.

La primera línea es el sostenimiento de una plataforma virtual que ofrezca a los operadores de justicia, procuradores, periodistas especializados y cualquier interesado en el tema, información actualizada sobre las estadísticas de la corrupción, las normas represivas y preventivas y, lo más importante, una selección amplia de la jurisprudencia nacional en materia de delitos contra la administración pública (emitida por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional) debidamente sumillada y, en gran medida, comentada por el equipo del proyecto anticorrupción. Estos comentarios son difundidos mensualmente a través de nuestro boletín el mismo que no sólo nos presenta el comentario de la jurisprudencia relevante, sino también una serie de entrevistas a personajes vinculados positivamente con la lucha contra la corrupción. Se trata del lugar web más visitado por los magistrados de nuestro Poder Judicial y el Ministerio Público. Entendemos, entonces, que se ha convertido en una herramienta útil para los operadores del sistema penal.

La segunda línea de trabajo que se ha desarrollado es la capacitación a más de quinientos magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como a Procuradores Anti-corrupción. En esta experiencia hemos tratado de ofrecer a los magistrados herramientas dogmáticas para enfrentar con solvencia la interpretación de una clase de delitos tan complejos como los delitos contra la administración pública. Ello sin descuidar temas procesales de suma relevancia como la prueba, la investigación preparatoria o los plazos procesales. Si a lo anterior agregamos que la metodología empleada ha articulado ade-

cuadramente la parte teórica con el trabajo de casos prácticos no debería de extrañar los altos índices de aprobación que las encuestas han mostrado a todos los cursos que hemos impartido. Producto de toda esta fructífera experiencia es la publicación de nuestro Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública y sobre el cual hemos recibido muy buenos comentarios.

Finalmente, la tercera línea de trabajo ha permitido al Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP situarse poco a poco como una institución de referencia para la opinión pública en los temas relacionados con la lucha contra la corrupción. Efectivamente, el seguimiento de casos emblemáticos, los pronunciamientos públicos y algunas alertas anticorrupción han permitido advertir peligros en el procesamiento de algunos casos o en el enfoque interpretativo que los fiscales o jueces han brindado a algunos tipos penales y a los propios hechos investigados, especialmente sensibles para la opinión pública.

Todo ello viene siendo posible en primer lugar gracias al trabajo del equipo del área anticorrupción del IDEHPUCP que hasta ahora he coordinado. Se trata de un equipo joven, pero muy competente y comprometido con los fines del proyecto. Desde estas líneas deseo agradecer a Erick, Rafael, Yvana, Julio y David por haber contribuido a abrir un canal de control ético- académico de la actuación de los órganos del sistema penal anticorrupción.

En segundo lugar, mi agradecimiento es a todas las áreas del IDEHPUCP que han hecho posible la viabilidad de todas las actividades desarrolladas por el área anticorrupción.

El que suscribe estas líneas deja la coordinación del área anticorrupción, pero permanecerá muy cerca como asesor del mismo. La coordinación será asumida por Erick Guimaray, un profesional competente y desde su origen muy relacionado con el trabajo del equipo anticorrupción. Estoy seguro que el trabajo será profundizado y ampliado este año para beneficio del fortalecimiento de los órganos de control de la corrupción. Lamentablemente la extensión y gravedad de la corrupción en el Perú no permite pausas.



PROYECTO  
ANTICORRUPCIÓN

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL



### Comentario a la Resolución Fiscal que archiva la investigación contra Alejandro Toledo y Elianne Karp

Por **Julio Rodríguez Vásquez**  
**Yvana Novoa Curich**  
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

La presente disposición fiscal, emitida el 17 de enero de 2014 y recaída en la investigación N° 136-2013, fue emitida por la Fiscalía de la Nación. Esta resolución determinó que no era procedente formalizar investigación preparatoria contra el ex Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, y su cónyuge, Elianne Karp Fernenbug, por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado. Por este motivo, la Fiscalía de la Nación decidió ordenar el archivamiento de lo actuado.

La Fiscalía de la Nación dispuso en mayo de 2013 promover diligencias de investigación en contra de Alejandro Toledo y Elianne Karp a raíz de la información periodística difundida por el programa Panorama, en la que se hace referencia a la adquisición de dos bienes inmuebles por parte de Eva Fernenbug, suegra de Alejandro Toledo. El primero de esos inmuebles, ubicado en la Urbanización Las Casuarinas, Surco, fue adquirido por un valor de \$ 3 750 000.00 dólares, mientras que el segundo inmueble –una oficina ubicada en el distrito de Surco– fue adquirida por un monto ascendente a la suma de \$ 932 400.00 dólares. Según se informó en el programa periodístico, estos montos fueron

cancelados con fondos provenientes de transferencias bancarias efectuadas desde el extranjero, a través de la empresa Ecoteva Consulting Group. S.A, con sede en Costa Rica.

A continuación se muestran algunos extractos resalantes de la resolución del Ministerio Público.

#### 1. Sobre el bien jurídico y la conducta típica del delito enriquecimiento ilícito

*“En este entendido, la nota de ilicitud de dicho incremento resulta siendo sólo formal, por cuanto no es objeto de la norma penal el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos específicos que se habrían lesionado para lograr dicho enriquecimiento, antes bien, por medio de la valoración ex ante del patrimonio con el que ingresa el sujeto a la función, y ex post en la que se analiza el aumento del mismo, se podrá demostrar si dicho incremento proviene o no de actividades lícitas (...).”*

*“En cuanto al carácter ultratemporal del delito, se encuentra referido a la posibilidad de que el incremento patrimonial injustificado se evidencie en un periodo posterior al cese de las funciones desempeñadas por el agente, con lo que, si bien el tipo penal, en tanto delito de infracción*



de deber en el que se vulneran deberes positivos de protección y promoción del bien jurídico tutelado, supone un ejercicio abusivo del cargo, empero, el incremento patrimonial del cual se origina puede verse materializado con posterioridad a la culminación del mismo, siempre que exista conexidad entre ambos periodos, entendida como la posibilidad de hallar en la época del ejercicio funcional, el sustento suficiente que originó el ulterior signo de riqueza”

## 2. Sobre la actividad probatoria en el delito enriquecimiento ilícito

“(…) debe precisarse que el incremento del sujeto activo, en tanto hecho doloso (que debe abarcar el conocimiento del origen ilícito de aquello que constituye el objeto de enriquecimiento) deber ser una apreciable, es decir, de marcada desproporción, descartándose por tanto, por atipicidad de la conducta atribuida, aquellas situaciones en las que se constate un desbalance patrimonial por suma mínimas o de escasa cuantía”

“Sobre la cancelación del saldo de la obligación que garantizaba la citada hipotecada, conforme lo señalado anteriormente, el investigado Ale-

jandro Toledo Manrique, en su declaración indagatoria rendida ante la Cuadragésima Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, de fecha 15 de julio de 2013, señaló que se realizó con fondos proporcionados, a modo de préstamo personal, por Josef Maiman Rapaport”.

## 3. Relación entre el delito de enriquecimiento ilícito y el delito de lavado de activos

“En el transcurso de las diligencias se ha recabado copia de los actuados de la investigación que viene llevando a cabo la Cuadragésima Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima contra Eva Fernenburg por el presunto delito de lavado de activos en agravio del Estado (…).

Como es de verse, sobre la base de los lineamientos de hermenéutica jurídica contenidos en el citado Acuerdo Plenario<sup>1</sup>, se reconoce la naturaleza autónoma tanto del delito de lavado de activos, como del bien jurídico afectado por dicha conducta. (...) por lo que si bien los hechos que forman parte del presente marco fáctico de imputación guardan relación con los que son objeto de indagación por la Cuadragésima Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, tra-

tándose de figuras autónomas tanto el tipo penal de Enriquecimiento Ilícito como el de Lavado de Activos, el presente pronunciamiento no implica invasión alguna en el objeto de investigación a cargo del citado órgano fiscal (...).

“De lo indicado hasta aquí se advierte que, en este caso, tampoco cabe formular cargos contra los investigados por el delito de enriquecimiento ilícito, pues los fondos empleados para la cancelación del crédito hipotecario que la investigada Eliane Chantal Karp Fernenburg de Toledo registraba en el Banco Scotiabank, conforme a lo expuesto, tienen un origen claramente identificado, que al igual que en el caso del inmueble anterior, residen en los fondos transferidos por la Empresa Ecoteva Consulting Group S.A. En este sentido, atendiendo a que no se cuenta por el momento con otra información que permita vincular el origen de dichos fondos con el ex Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, la imputación por ese delito corresponde ser desestimada, debiendo evaluarse la regularidad de estas transacciones bancarias y la licitud del dinero invertido, en el curso de la investigación que se lleva a cabo ante el órgano fiscal competente por la presunta comisión del delito de lavado de activos.”



1 Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010.

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

## 1. Sobre el bien jurídico y la conducta típica del delito de enriquecimiento ilícito

¿Qué bien jurídico es el afectado con el enriquecimiento ilícito? ¿Constituye un bien jurídico autónomo e independiente de los delitos fuente? Creemos que la resolución

en comentario acierta en señalar la independencia del bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito. En este sentido, nos apartamos de un sector de la doctrina que considera que el bien jurídico protegido en este delito depende, a su vez, de los delitos que han originado el enriquecimiento del funcionario<sup>[2]</sup>. Sin embargo, la resolución en comentario no se detiene a explicar cuál es el bien jurídico protegido en este delito. En esta línea, hemos señalado que el bien jurídico genérico es el correcto funcionamiento de la administración pública, entendida esta como el fin prestación del aparato público de cara a satisfacer los derechos fundamentales de todos los ciudadanos<sup>[3]</sup>. No obstante, es necesario señalar cuál es el objeto del bien jurídico directamente lesionado con el enriquecimiento ilícito.

A nuestro parecer, el hecho de que los servicios públicos operan con normalidad y eficiencia depende de que los funcionarios públicos respeten y actúen de acuerdo a un conjunto de principios que garantizan, a su vez, el correcto funcionamiento de la administración pública. En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, el objeto del bien jurídico (o bien jurídico específico)

esta integrado por los principios de transparencia y probidad en el ejercicio de la función pública<sup>[4]</sup>. En esta medida, el profe-



tor argentino Sebastián Soler señala que *“la asunción de un cargo público, comporta un deber (...) de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esta obligación como demasiado pesada o incómoda que se aparte de la función pública”*<sup>[5]</sup>.

Luego de habernos aproximado al bien jurídico protegido en el presente delito, conviene ahora analizar cuál es la conducta desvalorada en el artículo 401° del Código Penal. Se podría pensar que el enriquecimiento ilícito desvalora la omisión del funcionario público de justificar su desbalance patrimonial. Sin embargo, si ello fuera cierto, se debería sancionar al funcionario público que no justifique un desbalance patrimonial, pese a que se conoce por una vía distinta a la declaración del servidor público que el dinero tiene fuente lícita<sup>[6]</sup>.

4 Principios reconocidos en el Código de Ética de la Función Pública a través de los artículos 6.2, 7.2 y 6.5, cuya fundamentación se encuentra en los artículos 39° y 41° de la Constitución.

5 SOLER, Sebastián. Proyecto de Código Penal. Citado por: SANCINETTI, Marcelo. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Buenos Aires, Ad Hoc, 2000. p. 31.

6 Pongamos un ejemplo: Un funcionario público lleva una relación extramatrimonial con una mujer adinerada quien le dona 1 millón de dólares; el Ministerio Público detecta el desbalance patrimonial de dicho funcionario e inicia una

2 Cf. ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano.

3 Cf. MONTROYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp, 2013. p. 29.



En tal sentido, y sin entrar en mayores ahondamientos, podemos señalar que la conducta desvalorada consiste en generar riquezas a partir del abuso del cargo, y que, por lo tanto, el encontrar un desbalance entre el dinero declarado y el patrimonio del funcionario es sólo un indicio de esta conducta.

Ahora bien, la sentencia en comentario señalada de forma acertada que estamos ante una infracción de deberes. Sin embargo, la infracción de estos deberes no se origina en una posición abstracta, sino que se encuentra enraizada y justificada en la relación que existe entre el bien jurídico lesionado y las funciones que realiza el servidor público. Para entender esta relación se debe empezar por comprender que el correcto funcionamiento depende de las actuaciones de los funcionarios públicos. Formulando con otras palabras,

investigación; cuando el funcionario público es llamado a rendir su declaración, se niega a contar la fuente de dicho dinero, toda vez que tiene temor a que su familia tome conocimiento de su relación extramatrimonial; la investigación continua y se inicia el juicio, en ese momento, aparece la pareja extramatrimonial del servidor público y justifique el origen lícito del dinero. Es claro que en este caso no estamos ante un enriquecimiento ilícito.

el correcto funcionamiento de la administración pública es un bien jurídico que, para su afectación, requiere que el sujeto activo se encuentre en una función que le permita acceder a él. A esta función sólo se podrá acceder a través de la incorporación del sujeto a la función pública; lo que a su vez coloca al correcto funcionamiento de la administración pública en una situación de vulnerabilidad o desamparo frente a la forma en que el servidor público ejerce función. Si se comparte lo antes dicho, podemos decir que el funcionario público tiene una posición de garante frente al bien jurídico, posición que se fundamenta en su dominio sobre la vulnerabilidad del correcto funcionamiento de la administración pública<sup>[7]</sup>.

De lo dicho en el párrafo anterior se desprende que la lesión al bien jurídico se origina y parte del ejercicio de la función pública. En otras palabras, las acciones típicas realizadas por el funcionario público se derivan

7 Cf. SCHUNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá: 2004, No 75, Volumen 25. pp. 13 – 25.

de una función pública específica<sup>8</sup>. Es en este contexto que el legislador señala que el enriquecimiento ilícito se cometerá a través del abuso del cargo. Así, la creación del riesgo prohibido en el caso de los delitos funcionariales implica que el servidor público haga un mal uso de la función pública. En esta medida, el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008 indica que el enriquecimiento ilícito supone que el funcionario público haya hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio. En este sentido, no parece apropiado decir que la ilicitud de los delitos fuente es formal, toda vez que dicha ilicitud sólo tendrá relevancia cuando implica el abuso del cargo, lo que implica un criterio de ilicitud material.

De acuerdo a lo dicho anteriormente, resulta coherente afirmar que no importa si el funcionario comete el delito de forma comisiva (incorpora a su patrimonio bienes de fuente ilícita) o de forma omisiva (permite y tolera que otra persona coloque en su patrimonio bienes de fuente ilícita); ello en razón de que su posición de garante lo obliga a proteger el correcto funcionamiento de la administración pública de todo tipo de riesgos jurídicamente relevantes que le competan. En este sentido, consideramos que lo afirmado por la resolución en comentario es falso, toda vez que ningún delito funcional es esencialmente comisivo, sino que, por el contrario, se caracterizan porque pueden ser perpetuados tanto omisiva como comisivamente.

Finalmente, la resolución de la Fiscalía Suprema acierta al momento de señalar que la materialización o el signo de riqueza constituyen una etapa posterior al enriquecimiento. De esta manera, los signos de riqueza se pueden producir cuando el sujeto activo haya dejado de ser funcionario público, siempre que el enriquecimiento ilícito se producto del abuso del cargo público. De esta manera, queda fuera del radio de acción del tipo todo enriquecimiento que no tenga relación con el ejercicio de la función pública.

## 2. Sobre la actividad probatoria en el delito de enriquecimiento ilícito

El enriquecimiento ilícito es un delito que, como todo delito de corrupción, es cometido de forma subrepticia

y oculta. En esta medida, la prueba indiciaria juega un papel importante al momento de probar dicho delito, especialmente en lo referido al origen del patrimonio ilícito. ¿Cómo funciona la prueba indiciaria? La prueba indiciaria es un método probatorio que, de acuerdo al profesor Miranda Estrampes, tiene la siguiente estructura<sup>9</sup>:

1. **Afirmación Base (AB)** Conjunto de uno o varios indicios equivalentes a datos fácticos acreditados
2. **Afirmación Consecuencia (AC)** Afirmación (Hipótesis) que se deriva y se obtiene de la afirmación base, pero que es distinta a ella en tanto que incorpora un dato nuevo.
3. **Enlace entre afirmaciones (E)** elemento dinámico que permite el paso de la afirmación base a la afirmación consecuencia en base a reglas de la lógica, máximas de la experiencia y/o conocimiento científicos.

El núcleo de este método probatorio se encuentra en el enlace entre la afirmación base y la afirmación consecuencia, elementos que son enlazados a través de un proceso de inferencia que utiliza las ciencias, las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica<sup>10</sup>. En este punto, Michel Taruffo ha señalado que la fuerza racional de este método probatorio dependerá del valor cognitivo y de la fiabilidad racional de las reglas o estándares que el juzgador emplee como enlace entre afirmaciones<sup>11</sup>.

En el caso del enriquecimiento ilícito, el legislador ha querido dejar en claro el valor cognitivo y la fiabilidad racional de la máxima de la experiencia que dicta que el funcionario público que se enriquece indebidamente presente una desproporción notoria entre su declaración jurada y su patrimonio real. En tal sentido, el artículo 401° señala lo siguiente:

*se considera indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento de patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al normalmente haya podido tener en virtud de*

9 Cf. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Prueba Indiciaria y Estándar de prueba en el proceso penal. Disponible en: <http://bit.ly/1e4q4x7> Revisado el 01 de agosto de 2013.

10 Cf. TARUFFO, Michel. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 106

11 Cf. Ídem. p. 270.

*sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.*

En otras palabras, el legislador, arrogándose funciones de investigación fiscal, ha buscado darle solidez y confiabilidad al siguiente método probatorio frente al enriquecimiento ilícito.

1. **(AB)** desproporción notoria entre el incremento del patrimonio del funcionario público y su declaración jurada.
2. **(AC)** el funcionario público se ha enriquecido a través del abuso de cargo
3. **(E)** máxima de la experiencia de acuerdo a la cual la desproporción notoria del incremento del patrimonio funcional con respecto a su declaración jurada se debe a que dicho aumento del patrimonio tiene como fuente el abuso del cargo.

En este punto, consideramos que la marcada desproporción del patrimonio del funcionario público no constituye un elemento del tipo, y mucho menos, del dolo; suponer lo contrario significaría que la ausencia de desproporción notoria equivaldría a la atipicidad de la conducta, lo cual, si bien es poco probable, no se desprende de la redacción del tipo penal. En esta medida, consideramos que la llamada desproporción notoria es un indicio del enriquecimiento ilícito. Tanto es así que la propia Jurisprudencia señala que la desproporción notoria del incremento patrimonial es un indicio que, por lo demás, no constituye prueba acabada o determinada y que, por tanto, requiere en la mayoría de los casos de la compañía de otras pruebas indiciarias<sup>12</sup>.

Por otro lado, la resolución bajo comentario parece que toma lo dicho por Toledo Manrique como cierto, pese a no existir documentación que acredite ello. Aquí, y sin que ello implique que la Fiscalía Suprema haya utilizado diversos elementos de prueba, conviene recordar que el hecho de que la carga de la prueba la tenga el Ministerio Público no implica que la<sup>13</sup> sola afirmación del investigado o imputado sea tomada siempre como cierta. En tal sentido, se debe aportar alguna evidencia que justifique lo dicho por el procesado.

¿Cómo se entiende entonces al principio de carga de la prueba? El principio de carga de la prueba se debe entender como proveniente del principio de presunción de inocencia. En esta línea, Luigi Ferrajoli señala lo siguiente:

*“(...) al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación (...)”<sup>14</sup>.*

Formulado con otras palabras, el principio de carga de la prueba supone que el Ministerio Público cuenta con el deber de brindar los elementos que puedan desvirtuar la inocencia del acusado.

En el caso del enriquecimiento ilícito, como ya lo hemos dicho en otra oportunidad<sup>15</sup>, el principio de carga de la prueba se cumplirá cuando el fiscal sostenga su imputación en pruebas que podrán consistir en indicios como el aumento patrimonial injustificado o movimientos bancarios subrepticios a favor de familiares y amigos cercanos. Realizada esta imputación, se producirá una distribución de la carga de la prueba, en la medida de que el funcionario público acusado deberá ejercer su derecho de defensa y refutar la hipótesis fiscal por medio de pruebas. Sin embargo, en el supuesto de que la hipótesis fiscal este debidamente probada, y que el acusado solo haya podido defenderse a través de argumentos irracionales o no probados debidamente, resulta sensato decir que el juez se encuentra obligado a responsabilizar y sancionar al servidor público. Lo contrario significaría el abandono definitivo de los fines preventivos del Derecho penal, toda vez que la sola palabra del imputado supondría su exculpación.

## 3. Relación entre el delito de enriquecimiento ilícito y el delito de lavado de activos

El delito de lavado de activos se encuentra contemplado en el Decreto Legislativo N° 1106 “Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros

14 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid; Trotta, 2005. p. 611.

15 Cf. NOVOA CURICH, Yvana y Julio RODRIGUEZ VASQUEZ. Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional. En: MONTOYA VIVANCO, Yvan (Editor) Ob. Cit. p. 90.

12 Expediente 0085-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 1 de enero de 2011.

13 Cf. AZABACHE, César. Introducción al Procedimiento Penal. Lima; Palestra, 2003. p. 202.

delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.” Se puede afirmar que el delito de lavado de activos se puede cometer a través de tres conductas típicas que conforman tres etapas del proceso de lavado de capitales provenientes de actividades ilícitas. Estas etapas son: i) Actos de conversión y transferencia; ii) Actos de ocultamiento y tenencia y; iii) Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito. Lo que el sujeto activo de este delito busca con la realización del ilícito penal es el dar apariencia de legitimidad dentro del sistema financiero y jurídico a bienes y capitales que provienen o tienen su origen en actividades ilegales o prohibidas para el ordenamiento. Por este motivo las conductas o etapas del lavado de activos ya enumeradas giran en torno a alejar los bienes y capitales de su origen ilícito y evitar, de esta manera, que las autoridades descubran dicho origen.

En este sentido, se puede indicar que el lavado de activos presenta características que lo identifican de manera autónoma frente a otros delitos de nuestro ordenamiento jurídico penal. Víctor Prado Saldarriaga considera que

*“la primera característica del lavado es que los actos que lo materializan se ejecutan observando siempre todas las formalidades y procedimientos usuales y regularmente exigidos por cualquier negocio jurídico o financiero (...).”<sup>[16]</sup>*

Es así que nos encontramos de acuerdo con lo señalado por la Fiscalía de la Nación cuando indica que el delito de lavado de activos constituye un delito autónomo e independiente frente a los demás delitos del ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, el bien jurídico protegido por este delito es también autónomo. A nivel doctrinal se considera que el delito de lavado de activos es un delito pluriofensivo, lo cual quiere decir que son varios los bienes relevantes para el ordenamiento jurídico que son protegidos. De este modo, se puede indicar que:

*“el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta*

<sup>16</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. El delito de lavado de dinero en el Perú. Disponible en: <http://bit.ly/1itgv00> Consultado el 29 de enero de 2014 a las 11:45am.

*en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas. En todo caso, el lavado de dinero conjuga características propias de los delitos de peligro y de mera desobediencia.”<sup>[17]</sup> [El subrayado es nuestro]*

Esta misma postura es compartida por Gálvez Villegas cuando señala que dentro de los bienes jurídicos protegidos por los delitos de lavado de activos se encuentra la eficacia de la administración de justicia. El bien jurídico abstracto y general (calificado por un sector doctrinal como bien jurídico “sombra”) <sup>[18]</sup> sería el orden o sistema económico, de modo que la afectación de éste último se encontraría determinada por la afectación de los demás bienes jurídicos <sup>[19]</sup> o intereses jurídicamente relevantes citados en el párrafo anterior.

Ahora bien, en el presente caso, la Fiscalía de la Nación ha establecido, como ya lo habíamos señalado, que el lavado de activos es una figura autónoma frente al enriquecimiento ilícito y por ello, las investigaciones por este último delito no invadirían, de ninguna forma, lo actuado en la investigación correspondiente al lavado respecto de la señora Eva Fernerbug. Entendemos como adecuada esta afirmación y ello nos lleva a indicar que es posible que un caso como este presente un concurso real entre ambos delitos en tanto los bienes jurídicos protegidos por ambos son distintos. Investi-

<sup>17</sup> PRADO SALDARRIAGA. *Ibidem*. p.11.

<sup>18</sup> Cf. DIEZ RIPOLLES, José Luis. El Blanqueo de Capitales procedentes del tráfico de Drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español en *Actualidad Penal*, 32, 1996. p. 163.

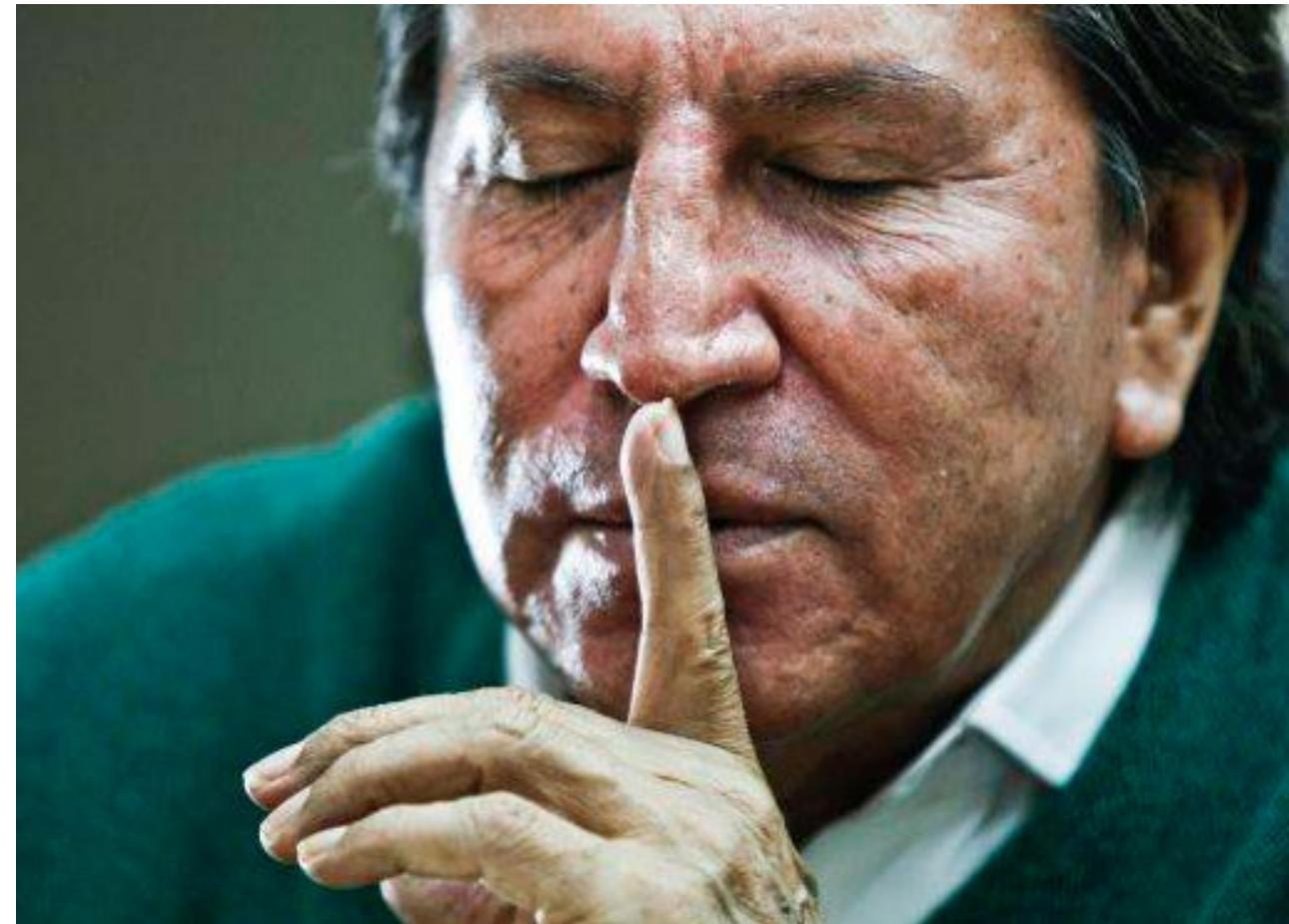
<sup>19</sup> Cf. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos. Criterios penales y procesales penales. Análisis de la nueva Ley N° 27765. Lima: Grijley, 2005. p. 29.

gar y/o procesar a una misma persona por ambos ilícitos penales no constituiría una vulneración al principio de la garantía de *ne bis in idem* en tanto que la conducta típica de cada delito es diferente.

Por un lado, en el enriquecimiento ilícito, la conducta típica se encuentra referida a la generación de riqueza ilícita a partir del abuso del ejercicio del cargo público (es decir, la razón del acto público es el interés particular). Por otro lado, en el delito de lavado de activos se sancionan actos posteriores a dicha actividad criminal previa, es decir, los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y/o tenencia de dichos bienes con la finalidad de evitar la identificación de su origen ilícito.

En la resolución en comentario, el Ministerio Público ha establecido que, en tanto no se cuenta por el momento con información que permita vincular el origen

de los fondos con el ex Presidente Alejandro Toledo, la imputación por el delito de enriquecimiento ilícito merece ser desestimada y la regularidad de las transacciones económicas en cuestión y la licitud del dinero invertido deberá ser evaluada en el curso de las investigaciones por el delito de lavado de activos. Finalmente, entonces, si en el transcurso de las investigaciones por la supuesta comisión del delito de lavado de activos se demuestra que Eva Fernerbug participó de este delito en calidad de autora, consideramos que ello debería significar la investigación de Alejandro Toledo también como posible autor de lavado, igualmente, pero por haber cometido dicho delito bajo la conducta típica de conversión. Esto último, por supuesto, si se toma como teoría del caso que Maiman le hubiera prestado dinero a Toledo para que éste lo invirtiera en su propia casa de Punta Sal –pagando la hipoteca de esta-, y Toledo haya podido presumir el origen ilícito de tal dinero.



## Caso Universidad Nacional de Huancavelica

### Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia recaída en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011

Por **David Torres Pachas**  
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

#### I. Introducción

La presente sentencia analiza el caso del Señor Ricardo Vera Donaires, abogado de la oficina de asesoría legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, a quien se le imputa la comisión del delito de peculado (artículo 387 del Código Penal). En concreto, se afirma que Vera Donaires utilizó papel membretado de la Universidad de Huancavelica para redactar un escrito en favor de Jesús Vásquez Ampa, cliente al cual asesora de manera particular<sup>1</sup>.

En sede penal, la Corte Superior de Justicia de Huancavelica condenó a Vera Donaires como autor del delito de peculado de uso a un año de pena privativa de la libertad suspendida e inhabilitación por el mismo periodo de tiempo. En instancia superior, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró su nulidad por una serie de consideraciones que analizaremos a continuación.

Los extractos más relevantes de la referida sentencia son los siguientes:

**Quinto.** (...) *El derecho penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente indeseado – su ámbito de aplicación es limitado-, sino solo aquellos que revisten suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control social menos severos.*

<sup>1</sup> Asimismo, se entiende que Vera Donaires no solo utilizó papel membretado, sino también los equipos de cómputo e impresión de la Universidad Nacional de Huancavelica.

**Sexto.** *Uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el principio de intervención mínima, admitido unánimemente por la doctrina penal, según el cual (...) carece de sentido la intervención del Derecho Penal allí donde exista otro mecanismo de sanción que a través de un “mal menor”, como las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, permita la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así como se muestra el carácter subsidiario del Derecho Penal, también denominado de ultima ratio que, al orientar la solución del conflicto a una sanción menos gravosa que la pena, delimita el campo de acción de la intervención penal únicamente a aquello que sirva eficazmente a la prevención general positiva de la pena.*

**Sétimo.** *En la misma línea se encuentra el principio de lesividad, por el cual “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”, sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple deslizo disciplinario.*

**Décimo.** *El punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente, además de la posición en la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera*



*de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión.*

#### II. Sobre el bien jurídico protegido en el delito de peculado

El delito de peculado pertenece al catálogo de delitos que atentan contra el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública. Este bien jurídico se encuentra a su vez conformado por aquellos principios que informan el ejercicio de la función pública, tales como los de transparencia, imparcialidad, independencia, eficiencia, gratuidad, entre otros<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Similar razonamiento puede desprenderse de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00017-2011-AI, según el cual “la intervención en derechos fundamentales (vgr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos

Con respecto al delito de peculado, el Acuerdo Plenario N° 04-2005 señala que el bien jurídico en este delito tiene un carácter pluriofensivo y protege: a) el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso [de] poder (...)

persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal “De la Función Pública” (Fundamento 14). Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración”. (...) A su vez conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° 008-2005-AI, fundamento N° 14).

[d]el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad (Fundamento 6). Es decir, se protegerían los principios de integridad y probidad en la administración del patrimonio del Estado<sup>3</sup>, en donde el objeto material de la acción estaría constituido por los intereses patrimoniales estatales, mientras que el bien jurídico específico por aquellos principios que están detrás de su correcta gestión y utilización.

El delito de peculado tiene dos modalidades de comisión: la apropiación y utilización. La apropiación implica la disposición de los bienes públicos como si fueran propios, y la utilización (distracción), un destino privado y temporal de dichos bienes. Esta última modalidad se diferenciará del peculado de uso (artículo 388 del Código Penal) en función al tipo de bienes públicos en cuestión<sup>4</sup>, ya que este último delito se comete a propósito de las herramientas de trabajo con las que cuenta el funcionario público.

Según la sentencia, la conducta de Ricardo Vera Donaires tendrá relevancia penal si se constata un desmedro patrimonial de los caudales o efectos, es decir, si existe un desbalance o perjuicio respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados. ¿Realmente es necesario un perjuicio patrimonial para la configuración del delito de peculado?

Debemos recordar que tanto la Convención Interamericana<sup>5</sup> como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción<sup>6</sup> rechazan dicha exigencia. Asimismo, Abanto Vásquez, haciendo referencia a la posición de Creus sostiene que

*“el tipo penal no exigiría un perjuicio o menoscabo patrimonial, sino un resultado en el sentido de separación del bien de la esfera de la Administración Pública (y de uso como propio en el Perú). Esta posición se vería avalada por el hecho de que no siempre puede hablarse de “perjuicio económico”: la separación del bien puede ser incluso económicamente beneficiosa para la administración cuando su mantenimiento supone ciertos gastos”<sup>7</sup>.*

Así pues, por ejemplo, si un funcionario público se lleva a casa las viejas y obsoletas máquinas de escribir de la oficina, la Administración Pública ahorraría tanto en la reparación como almacenamiento de dichos activos, generándole, en términos generales, un “beneficio”. La supuesta necesidad de perjuicio patrimonial nos llevaría a la conclusión de que en este ejemplo no se habría cometido delito alguno<sup>8</sup>.

No obstante lo anterior, puede hablarse de un “perjuicio normativo”. Abanto, citando a Creus, indica que

*“este resultado o, si se quiere “perjuicio”, existe siempre con la separación del bien de la esfera de la Administración Pública. Otra cosa es que, eventualmente, la pérdida del bien pueda resultar después más beneficiosa que perjudicial”<sup>9</sup>.*

Cabe decir finalmente, que los delitos contra la administración pública, y en el caso concreto el delito de peculado, difieren de los delitos patrimoniales. Debe recordarse que el bien jurídico penalmente protegido en el delito de peculado es la correcta gestión del patrimonio estatal que le ha sido encomendado al funcionario público en administración, percepción o custodia. Por lo tanto, el análisis sobre la posible comisión de este delito debe realizarse sobre la base de la existencia o no

3 MONTOYA Yván y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp, 2013. P. 87.

4 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano. Lima: Palestra, 2003. P. 372.

5 Artículo 12 de la Convención Interamericana contra la corrupción: “Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado”.

6 Artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: “Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial para el Estado”.

7 Ibid. P. 354.

8 A propósito de este tipo de casos en donde también se cometería el delito de peculado, Iván Meini sostiene que “cada uno de los delitos contra la administración pública tiene una forma distinta, mayor o menor, de afectación a la correcta administración pública y no de lesión al patrimonio estatal”. MEINI MÉNDEZ, Iván. Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública. Ponencia presentada en el taller de capacitación en delitos contra la administración pública. En: Boletín N° 13. Julio 2012. P.2-6. <http://bit.ly/1fw9t7X>

9 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. Cit. 355.



de un abuso en el ejercicio de la función pública con respecto a la gestión de dicho patrimonio<sup>10</sup>.

### III. Sobre la necesidad y merecimiento de pena en el caso concreto

Como bien señala Salinas Siccha, “tan corrupto es aquel que se apropia de diez soles como aquel que se apropia de diez millones”<sup>11</sup>. Sin embargo, y a efectos de la determinación de la pena, es preciso tomar en cuenta un factor que resulta indispensable: la constatación de una afectación del bien jurídico en términos penales.

Tal y como sostiene la sentencia, los hechos materia de investigación no tienen la relevancia suficiente que se exige para la intervención del Derecho Penal. Muy por el contrario, se hace referencia a la posibilidad de

aplicar otro tipo de sanción y de menor intensidad que sería más efectivo (la disciplinaria, por ejemplo). Ello quiere decir, sin duda alguna, que si bien es cierto una conducta puede lesionar o poner en peligro un bien jurídico, ello no implicará necesariamente la intervención del Derecho Penal<sup>12</sup>.

Así pues, el hecho de que el asesor legal de la Universidad Nacional de Huancavelica utilice papel membretado que le pertenece a dicha casa de estudios y que le ha sido encargado para los fines de defensa legal de la institución, atenta contra la correcta gestión del patrimonio público. Sin embargo, la necesidad de que la sanción a dicho comportamiento sea de naturaleza penal requiere un segundo nivel de análisis que supere

12 Algunos criterios para determinar la fragmentariedad, según Villavicencio, serían: Primero, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, escogiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. P.94.

10 En todo caso, el valor de lo apropiado o utilizado sería objeto de análisis a efectos de verificar la circunstancia agravante prevista en el propio artículo 387 del Código Penal.

11 SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 2da Edición. Lima: Grijley, 2011. P. 310.

el aspecto formal de la conducta. Como señala Villavicencio,

*“el Derecho Penal se legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de Derecho (...) Su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil de los derechos fundamentales”<sup>13</sup>.*

De aquí que el principio de última ratio admita la intervención del Derecho Penal *“cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros sistemas de control extrapenales”<sup>14</sup>*. De esta manera, los ataques leves a los bienes jurídicos deberán ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social<sup>15</sup>. Así pues, se aprecia, como sostiene García Caverro,

*“una cierta vinculación entre el sistema penal y los otros sistemas de control, de manera tal que en la medida que los órdenes extrapenales puedan solventar las situaciones relevantes de conflicto, el Derecho penal no se verá obligado a intervenir en la solución de estos conflictos”<sup>16</sup>.*

13 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal: parte general. Lima: Grijley, 2006. P. 92-93.

14 GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal: parte general. Lima: Jurista, 2012. P. 136.

15 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. 93.

16 GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. P. 138.

El caso en cuestión no exige mayor nivel de análisis para llegar a la conclusión de que el comportamiento de Vera Donaires no tiene relevancia penal<sup>17</sup>. Sin embargo, da pie a que cuestionemos cuál sería el criterio apropiado para determinar si el comportamiento de apropiación o utilización del funcionario expresa más que una simple indisciplina.

Dejando de lado la propuesta de establecer un quantum en el monto de lo apropiado o utilizado<sup>18</sup>, habida cuenta que ello no es un criterio aplicable para la comisión del delito<sup>19</sup>, nosotros consideramos que en su lugar deberían explorarse aquellas normas concretas de carácter administrativo o disciplinario que se encuentran vinculadas con el uso y disposición de los bienes públicos. Y ello a partir de que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es la gestión del patrimonio público, que debe realizarse de acuerdo a los principios que rigen y orientan la función pública, en este caso, de los principios de lealtad y probidad.

17 Sólo se utilizaron cuatro hojas bond, además de los equipos de cómputo e impresión.

18 Como se propuso en el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ de la Sala Plena de la Corte Suprema, la misma que proponía modificar “el contenido del artículo 387° del CP, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado (2 unidades impositivas tributarias para el doloso y 2 remuneraciones mínimas vitales para el culposo). Citado por SALINAS SICCHA. Op. Cit. P. 307.

19 Por dos razones fundamentales: a) el delito de peculado no protege el patrimonio del estado en sí mismo, sino la gestión que se realiza con respecto a dicho patrimonio (por lo que se trataría más bien del objeto material del delito y no del bien jurídico protegido); b) porque el delito puede cometerse aun cuando no se genere un perjuicio patrimonial.

## Porque no solo pasa en el Perú...



En la presente sección de este Boletín informativo el lector podrá encontrar noticias de casos graves de corrupción ocurridos en otros países del mundo, a los cuales los medios de comunicación internacionales les han dado suma relevancia.

### Caso Infanta Cristina (España): “La infanta imputada por segunda vez”

La hija del Rey de España y séptima en la línea sucesoria de la Corona por segunda vez en menos de un año como imputada en el caso Urdangarin.

Seguir leyendo en... <http://bit.ly/1bx8wNz>



### Caso ERE (España): “La juez Alaya pregunta qué partidos pidieron fondos para los ERE”

La juez del caso de los ERE, Mercedes Alaya, cree que el sistema investigado sirvió para repartir “de manera discrecional millones de euros a empresas próximas al poder político o sindical”.

Seguir leyendo en... <http://bit.ly/1gOHx17>

### Caso ERE (España): “La clave ¿dónde está el dinero?”

El analista Luis Barbero López sostiene que La Consejería de Empleo española daba ayudas de forma opaca, discrecional y nepotista en el uso del dinero público español.

Seguir leyendo en... <http://bit.ly/1c5YdwM>



Servicio Andaluz de Empleo  
CONSEJERÍA DE EMPLEO



### Caso INPEC (Colombia): “Desfalco de mil millones en Inpec con viáticos de guardias”

De forma sorpresa, la Dirección de Investigación Criminal e Interpol colombiana (Dijín) realizó una inspección judicial a la tesorería del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario colombiano (Inpec) en busca de pruebas sobre un posible desfalco de mil millones de pesos.

Seguir leyendo en... <http://bit.ly/1jhDgXV>

