



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

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.

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.

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 (...)”

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

“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”

“(…) 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”

2. Sobre la actividad probatoria en el delito enriquecimiento ilícito

“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 Fernerbug 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 Plenario¹, 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 Fernerbug 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

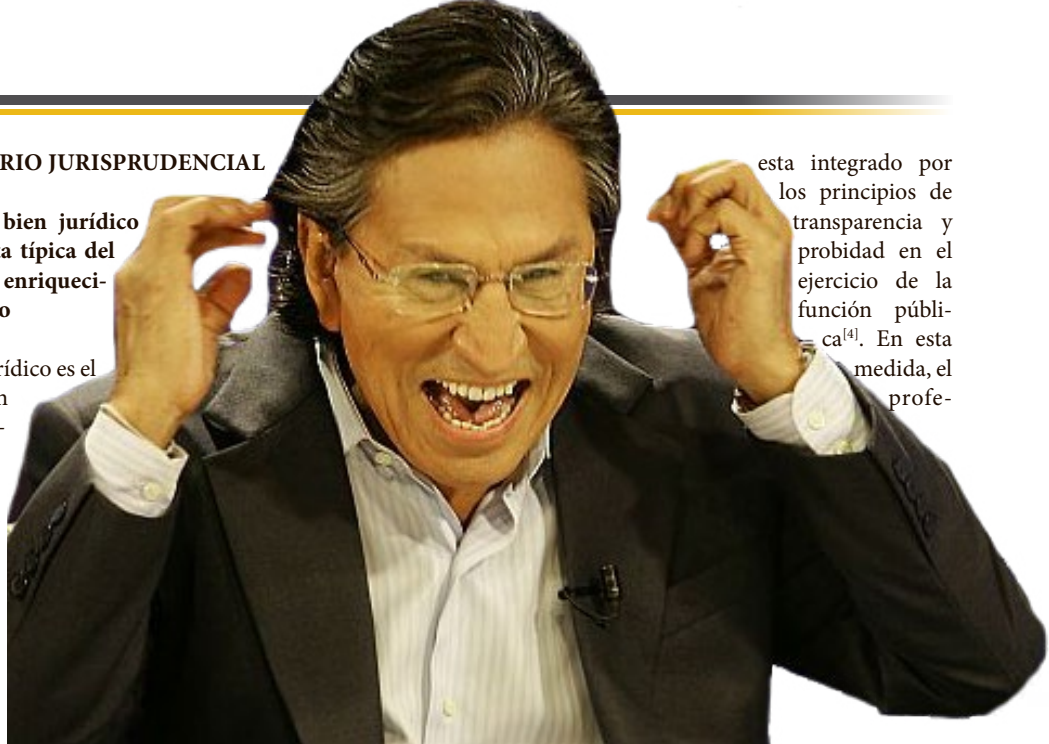
1. Sobre el bien jurídico y la conducta típica del delito de enriquecimiento ilícito

¿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^[2]. 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^[3]. 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 actúan 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^[4]. En esta medida, el profe-



sor 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”*^[5].

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^[6].

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. MONTTOYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Idehucp, 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. Formulado 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 pública⁷.

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 específica⁸. 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 caracteriza 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 estructura⁹:

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 lógica¹⁰. 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 afirmaciones¹¹.

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.

8 Cf. RUEDA MARTIN, María Ángeles. Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal. Granada: Comares, 2010. p. 45.

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 indiciarias¹².

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 la¹³ 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 quién niega aquélla formulando la acusación (...)”¹⁴.

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 oportunidad¹⁵, 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

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.

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.

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 (...).”^[16]

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

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.”^[17] [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 “sombrija”^[18]) 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^[19] 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 Fernenburg. 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-

17 PRADO SILDARRIAGA. *Ibidem*. p.11.

18 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.

19 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.

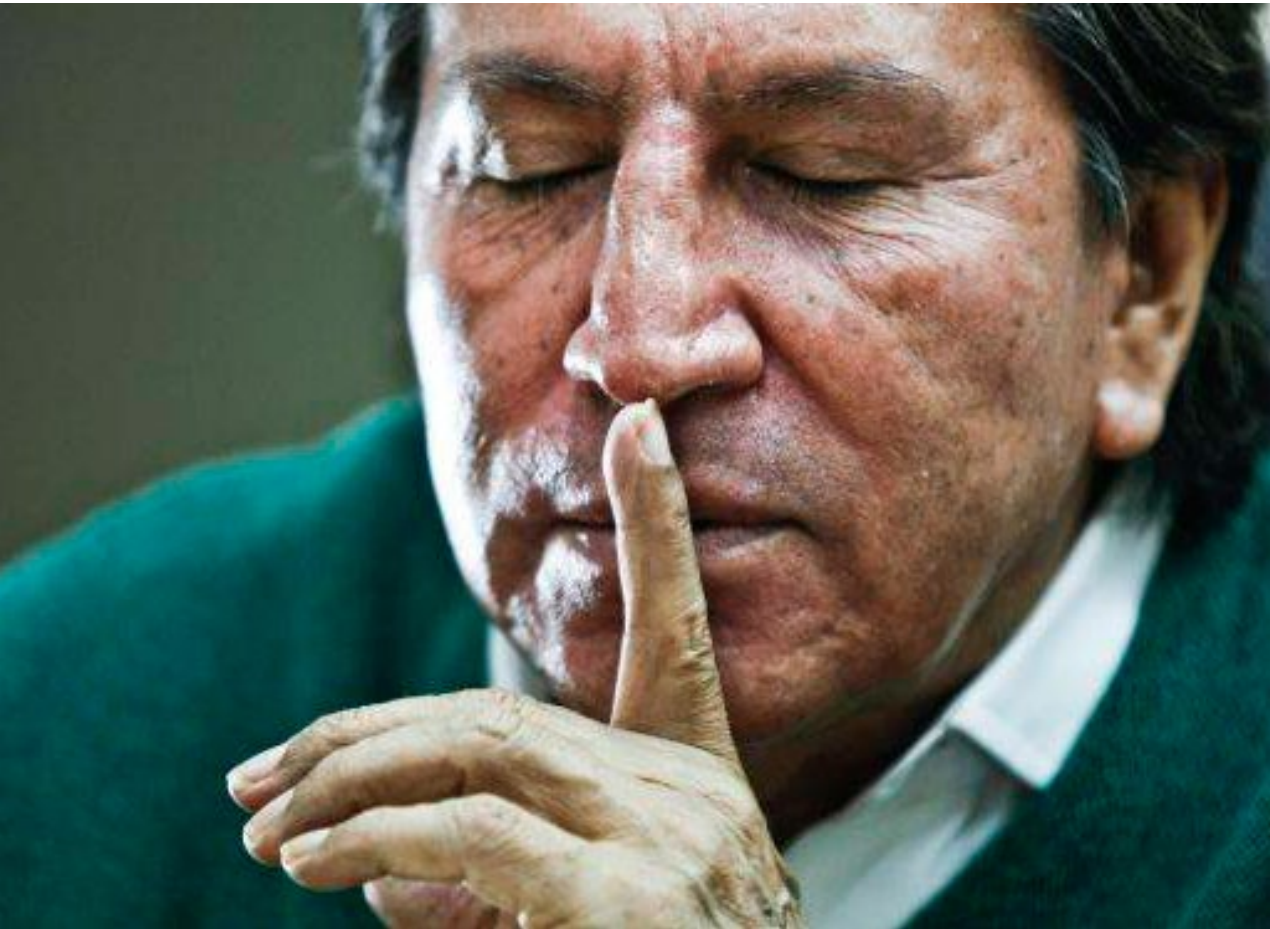
16 PRADO SILDARRIAGA, Víctor. El delito de lavado de dinero en el Perú. Disponible en: <http://bit.ly/1itgv00> Consultado el 29 de enero de 2014 a las 11:45am.

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 ídem* 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 Fernenbug 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 particular¹.

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.*

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 esfe-*

¹ 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.