

- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: SEQUIROS
VARGAS IVAN ALBERTO /Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 18/11/2021 18:05:58 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: GUERRERO
LOPEZ IVAN SALOMON /Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 19/11/2021 09:03:55 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: BERMEJO RIOS
RAMIRO ANIBAL /Servicio Digital -
Poder Judicial del Perú
Fecha: 19/11/2021 08:59:37 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: CARBAJAL
CHAVEZ NORMA BEATRIZ
/Servicio Digital - Poder Judicial del
Perú
Fecha: 18/11/2021 18:16:45 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala
Suprema: SALAS CAMPOS PILAR
ROXANA /Servicio Digital - Poder
Judicial del Perú
Fecha: 22/11/2021 10:29:05 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno

VISTOS y OIDOS: en audiencia pública,

mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del tercero civil **Banco Continental BBVA** contra el extremo de la sentencia de vista del veintisiete de diciembre de dos mil diecinueve (foja 2479), emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante la cual declaró nula de oficio la parte pertinente de la sentencia del Tercer Juzgado Unipersonal de la citada jurisdicción, del veintiuno de agosto de dos mil dieciocho, integrada por Resolución número 32, del veinticinco de septiembre del mismo año, donde declara “infundada la pretensión civil respecto al tercero civilmente responsable Banco Continental” y ordenó que los actuados sean remitidos a juzgador diferente de quien expidió el pronunciamiento declarado nulo, para que, renovando el juicio oral, expida nueva sentencia en este extremo, con relación al ilícito previsto en el numeral 8 del artículo 198 del Código Penal.

Intervino como ponente la señorita jueza suprema Torre Muñoz.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso en etapa intermedia

- 1.1. El representante de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa formuló requerimiento acusatorio, en julio de dos mil quince (foja 332), contra Carlos Alberto Flórez Salinas, Roberto Miguel Ángel Reyes Perea, Sandra Elcira Guillén Velásquez y María Elena Sánchez Hinojosa, entre otros, por la presunta comisión de los delitos de apropiación ilícita, fraude en la administración de personas jurídicas y asociación ilícita para delinquir, tipificados en los artículos 190, 198 y 317 del Código Penal, en agravio de Pietro Capecchi y la empresa constructora Capecchi E. I. R. L.
- 1.2. Realizada la audiencia de control de acusación por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, el dos de febrero y el catorce de agosto de dos mil diecisiete, luego de resolver las incidencias surgidas, se declaró saneada la acusación fiscal por los delitos de apropiación ilícita y fraude en la administración de personas jurídicas, tipificados en los artículos 190 y 198 del Código Penal (en cuanto al artículo 198 del Código Penal, cada acusado diferenciado por distintas modalidades del citado tipo legal), dictándose el auto de enjuiciamiento respectivo, donde se admitieron e inadmitieron medios probatorios ofrecidos por las partes procesales, además de ordenarse remitir los autos al Juzgado Penal Unipersonal de Turno (fojas 933 y 983), aludiéndose que los acusados deberán abonar la reparación civil en forma solidaria con el tercero civil-Banco Continental¹, por el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, a favor de cada agraviado.

¹ Mediante Resolución número 4, del veintidós de julio de dos mil catorce, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria declaró fundada la solicitud del actor civil Pietro Capecchi; y, por consiguiente, se declaró la constitución en tercero

Segundo. Itinerario del juicio oral en primera instancia

- 2.1.** Recibidos los autos por el Tercer Juzgado Unipersonal, mediante Resolución número 01-2018, del veintinueve de enero de dos mil dieciocho, se convocó a las partes procesales al inicio de la audiencia de juicio oral para el veinte de junio de dos mil dieciocho, materializándose su desarrollo en varias sesiones, arribando así a la de lectura de sentencia, el veintiuno de agosto de dos mil dieciocho, conforme consta en acta (foja 1705).
- 2.2.** En la sentencia aludida (foja 1709), integrada por Resolución número 32, del veinticinco de septiembre del mismo año, se absolvió de la acusación fiscal —entre otros extremos— a Roberto Miguel Reyes Perea y Sandra Elcira Guillén Velásquez por la presunta comisión del delito de fraude en la administración de personas jurídicas, previsto en el inciso 7 del artículo 198 del Código Penal, en agravio de la empresa constructora Capecchi E. I. R. L., disponiendo el archivo definitivo y declarando infundada la pretensión civil en el citado extremo.
- 2.3.** Contra la citada decisión, se interpuso recurso de apelación por la defensa de condenados, actor civil y Ministerio Público (fojas 1930 a 1953, 1959 a 2015, 2021 a 2109 y 2136), concedido por Resolución número 32, del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho (foja 2114), y Resolución número 34, del diez de octubre de dos mil dieciocho (foja 2150), disponiéndose la elevación de los autos a la Sala Penal Superior.

Tercero. Itinerario del proceso en instancia de apelación

- 3.1.** Recibidos los autos en instancia superior y corrido el traslado de la impugnación, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la

civil del Banco Continental BBVA, respecto a los investigados Roberto Miguel Ángel Reyes Perea y Sandra Elcira Guillén Velásquez.

Corte Superior de Justicia de Arequipa, conforme a la Resolución número 38, del treinta de noviembre de dos mil dieciocho (foja 2227), convocó a audiencia de apelación de sentencia para el veinte de mayo de dos mil diecinueve; reprogramada esta, dicho acto llegó a instalarse el veintiuno de mayo del mismo año, realizado con normalidad, conforme se aprecia en las actas respectivas (fojas 2250, 2259, 2262, 2265, 2269, 2273, 2283, 2289, 2292, 2295, 2300, 2310, 2342, 2355, 2359, 2372, 2375, 2379, 2383, 2386, 2394, 2397, 2406, 2412, 2415, 2418, 2424, 2431, 2434, 2444, 2448, 2451, 2454, 2457, 2462, 2465 y 2471).

- 3.2.** En la última sesión, esto es, el veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve, se dio lectura a la sentencia de vista, donde se decidió, entre otros, declarar nula de oficio la parte pertinente de la sentencia del Tercer Juzgado Unipersonal de la citada jurisdicción, del veintiuno de agosto de dos mil dieciocho, integrada por Resolución número 32, del veinticinco de septiembre del mismo año, donde se declara “infundada la pretensión civil respecto al tercero civilmente responsable Banco Continental” y se ordena que los actuados sean remitidos a juzgador diferente de quien expidió el pronunciamiento declarado nulo, para que, renovando el juicio oral, expida nueva sentencia en este extremo, con relación al ilícito previsto en el artículo 198.8 del Código Penal.
- 3.3.** Emitida la sentencia de vista, el tercero civil interpuso recurso de casación (foja 26191) contra el extremo aludido en el ítem precedente, concedido mediante Resolución número 61, del veintiuno de enero de dos mil veinte (foja 2772), ordenándose elevar los actuados a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** Elevado el expediente a esta Suprema Sala, se corrió traslado a las partes, conforme a los cargos de notificación (fojas 641 y 642 del cuadernillo formado en esta Suprema Sala), pasándose a señalar fecha para el control de la calificación del recurso de casación. En ese sentido, mediante auto del veintinueve de enero de dos mil veintiuno (foja 673 del cuadernillo formado ante este Supremo Tribunal), se declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa del tercero civil.
- 4.2.** Instruidas las partes procesales sobre el concesorio, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación (fojas 699 y 670 del cuadernillo formado en esta sede), mediante decreto del trece de septiembre de este año, se programó la audiencia de casación para el veinte de octubre de dos mil veintiuno (foja 703 del cuadernillo formado en esta sede).
- 4.3.** Instalada la audiencia, esta se realizó mediante el aplicativo *Google Meet*, con presencia de las defensas del tercero civil y actora civil. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estadio es el de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia se efectúa mediante el aplicativo tecnológico antes señalado, con las partes que asisten, en concordancia con el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal.

Quinto. Motivo casacional

- Conforme se acotara en el considerando decimoséptimo del auto de control de la calificación del recurso de casación, en concordancia con su parte resolutive, se declaró bien concedido el recurso aludido por vulneración a la ley penal (causal establecida

en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal), a fin de desarrollar parámetros respecto a la *responsabilidad vicaria* como sustento para comprender a un tercero civil responsable en el proceso penal; teniendo en cuenta que en el *sub materia* se alegó haberse absuelto a los funcionarios del Banco Continental BBVA, no llegando a determinarse el nexo de causalidad con los hechos atribuidos, por lo cual la calidad de tercero civil responsable habría decaído² en el proceso penal.

Sexto. Agravios expresados en el recurso de casación

Los agravios relacionados con el objeto de casación son los siguientes:

- 6.1.** Se vulneró el debido proceso, en la medida de pretenderse llevar a nuevo juicio oral al Banco Continental, como tercero civil, por *responsabilidad vicaria*, sin la existencia de empleados responsables directos de los hechos materia de imputación, pues estos fueron absueltos en doble instancia.
- 6.2.** Se inobservó la garantía constitucional de debida motivación, en razón de que la Sala Superior declaró la nulidad de la Resolución número 32, en cuanto al extremo integrativo de la sentencia que declaró infundada la pretensión civil respecto al tercero civil-Banco Continental, sin fundamentarse la eventual responsabilidad de la entidad, como para ir nuevamente a juicio.
- 6.3.** La conducta de un funcionario del banco, antijurídica y generadora de daño, en el ejercicio de su labor como dependiente, acarrearía *responsabilidad vicaria*; sin embargo, pretender llevar a nuevo juicio al banco, sin vínculo necesario, vulnera el debido proceso.

² La razón para comprender al banco como tercero civilmente responsable fue el procesamiento de sus funcionarios.

- 6.4. La Sala Superior señaló que otros funcionarios del banco (distintos a los absueltos) habrían concretado la aprobación del crédito financiero, pero el actuar de estas personas no fue motivo para que el banco sea incorporado como tercero civil; por tanto, es irregular su incorporación a nuevo juicio oral.
- 6.5. La sentencia de vista adolece de severa incongruencia, pues, en su parte resolutive, declara que determinados acusados y el banco, como tercero civil, deben ser parte del nuevo juicio oral por el delito previsto en el numeral 8 del artículo 198 del Código Penal; sin embargo, conforme a los hechos, en ningún momento se llegó a imputar a los funcionarios del banco tal modalidad delictiva.
- 6.6. Para incorporar válidamente al tercero civil, debe concurrir relación de dependencia, toda vez que su incorporación es por *responsabilidad vicaria*; luego, si no hay tal responsable directo (trabajador) dentro del proceso, no tiene sentido mantener tal incorporación.
- 6.7. No puede existir tercero civil que no esté acompañado del responsable directo dentro de un proceso penal, ya que su relación jurídica procesal válida nace de la actuación del responsable directo (el trabajador) dentro del proceso penal. Lo contrario constituye una violación al debido proceso, así como una práctica anómala.

Séptimo. Hechos materia de imputación

Según el requerimiento acusatorio, el Ministerio Público atribuye lo siguiente:

7.1. Circunstancias precedentes

7.1.1. En el año dos mil diez, el agraviado Pietro Capecchi vino al Perú (Arequipa), a fin de invertir en el rubro de construcción, y fue

recibido por Eliphaz Coeli, que lo presentó a su esposa, la imputada María Alejandra Linares Salinas, quien —al conocer su interés en realizar inversiones inmobiliarias— le presentó a su primo hermano (imputado) Carlos Flórez Salinas, de profesión abogado, este le ofreció sus servicios profesionales, a fin de constituir la empresa Capecchi E. I. R. L.; aconteciendo en ese sentido.

7.1.2. Pietro Capecchi, interesado en adquirir un terreno para construir su primera obra, Residencial Capecchi, la cual, según proyectaba, tendría veintitrés departamentos, diecinueve cocheras, sótano, ascensor, piscina, sauna y un área recreacional; fue asesorado por Carlos Flórez Salinas en la compra del terreno ubicado en calle Los Gladiolos número 207, Yanahuara, de su propietario Alejandro Germán Álvarez Prado, a quien la empresa terminaría prestando USD 40 000 (cuarenta mil dólares americanos).

7.1.3. Por la confianza adquirida, Carlos Flórez Salinas se hizo nombrar gerente general de la empresa constructora Capecchi E. I. R. L.; es así como, ya en el cargo y aprovechando que Pietro Capecchi era extranjero y no dominaba el idioma español, logró que se le otorgara poder con amplias e ilimitadas facultades, tales como el manejo de cuentas personales del titular y la obtención de préstamos a favor del propio gerente, entre otras.

7.1.4. Carlos Flórez Salinas, ostentando el cargo de gerente y apoderado, contrató como personal para las otras gerencias de la empresa, cargos administrativos y puestos clave, a sus familiares y amigos, arrojando el siguiente resultado: gerente comercial, Eliza Flórez Salinas (hermana de Carlos Flórez); contador, Marlon Rodríguez Cusirramos (amigo de la universidad de Carlos Flórez); abogado, Martín Cuentas Salinas (amigo de Carlos Flórez y luego testigo de su matrimonio

civil); almacenero, Marco Llerena Llerena (amigo del barrio donde vivía Carlos Flórez); y, transportista, Víctor Guarderas Patiño (amigo del barrio donde vivía Carlos Flórez), entre otros. Asimismo, con base en sus familiares y amigos, organizó empresas paralelas, con el objeto de lograr consumar los hechos imputados.

7.2. Circunstancias concomitantes

7.2.1. Siendo el imputado Carlos Alberto Flórez Salinas exgerente de la empresa constructora Capecchi E. I. R. L., durante el periodo de junio de dos mil diez a octubre de dos mil doce, no comunicó al titular de la citada empresa (Pietro Capecchi), sus intereses propios, ajenos e incompatibles con los de la constructora aludida, vulnerando lo dispuesto en el inciso e) del artículo 50 de la Ley de la EIRL, pues el titular es el Órgano Máximo de la constructora y tiene a su cargo la decisión sobre los bienes y actividades de esta (artículo 37 de la Ley de la EIRL).

7.2.2. En tal sentido, se tiene que el citado acusado negoció con los ejecutores de la obra ASIS I (edificio de cuatro pisos), Eliphaz Coeli y María Alejandra Linares Salinas (su prima hermana), en connivencia con ellos, la construcción de esta obra; asimismo, negoció y celebró con la Inmobiliaria Solurbana, representada por su gerente Luis Arturo Balcazar Alatrística, en connivencia con este último, un contrato de exclusividad para la venta de los veintitrés departamentos y diecinueve estacionamientos edificados por la constructora Capecchi, la cual cobraba como comisión por la venta de los departamentos el 3% del precio total de cada uno, precio excesivo que dicha inmobiliaria recaudaba, aun cuando los clientes se acercaban directamente a la constructora para negociar la compra de departamentos.

7.2.3. Por otro lado, se tiene que el investigado Carlos Alberto Flórez Salinas, durante el periodo de junio de dos mil diez a octubre de dos mil doce, asumió en forma indebida un préstamo a nombre de la constructora Capecchi, ascendente a la suma de S/ 2 100 000 (dos millones cien mil soles) del Banco Continental, ello en presunta connivencia con los representantes del Banco Continental —agencia San Francisco, Arequipa—, Roberto Miguel Ángel Reyes Perea y Sandra Elcira Guillén Velásquez, así como con la ingeniera María Elena Sánchez Hinojosa, supervisora técnica del Banco y encargada de realizar los informes de avance de obra del edificio Capecchi.

7.2.4. Además, se tiene que el imputado Carlos Alberto Flórez Salinas, junto a sus coencausados, desvió el mencionado dinero (sin comunicárselo al titular, Pietro Capecchi), para la edificación de otras obras distintas a la de la Constructora Capecchi, esto es, para la construcción del edificio “El Rosario II” (sito en la urbanización El Rosario II, D-7, Cerro Colorado), el edificio “ASIS I” (sito en la urbanización Asis, manzana C, lote número 11, Sachaca), una casa unifamiliar de 03 pisos denominada “ASIS II” (sito en la urbanización Asis, manzana C, lote número 01, Sachaca), y un edificio ubicado en la urbanización Quinta Lourdes, manzana C, lote número 04, distrito de José Luis Bustamante y Rivero, Arequipa.

7.2.5. Asimismo, se tiene que Carlos Alberto Flórez Salinas, en su condición de exgerente de la constructora Capecchi E. I. R. L., durante el periodo de junio de dos mil diez a octubre de dos mil doce, dispuso y usó en su provecho el patrimonio de la constructora Capecchi, dado que destinó bienes, material de construcción y personal obrero pagado por la empresa aludida para la construcción y remodelación de su casa (sito en la

urbanización Lara, manzana E, lote número 06, distrito de Socabaya), dispuso de personal obrero pagado por la constructora, para labores ajenas a la edificación de la obra edificio Los Gladiolos (única obra construida por constructora Capecchi), como el traslado de sus bienes (regalos de boda) a su nuevo departamento, ubicado en la urbanización Lambramani; la despedida de soltero y el transporte de sillas y servicios varios, desde la urbanización Lambramani hacia Alto Libertad, distrito de Cerro Colorado.

7.2.6. Aunado a lo expuesto, Carlos Alberto Flórez Salinas, en su condición de exgerente de la constructora Capecchi E. I. R. L., durante el periodo comprendido entre junio de dos mil diez y octubre de dos mil doce, se apropió de manera indebida de bienes muebles pertenecientes a la empresa constructora Capecchi E. I. R. L., bienes muebles aportados por el titular, Pietro Capecchi, cuyo valor en conjunto asciende a S/ 4000 (cuatro mil soles); además, se apropió de madera adquirida por la empresa constructora aludida para la edificación del edificio Los Gladiolos, en un aproximado del 60% de la misma, cuyo valor aproximado asciende a S/ 100 000 (cien mil soles), en aparente connivencia con Marco Antonio Llerena Llerena y Santos Gaspar León Polar.

7.3. Circunstancias posteriores

7.3.1. No obstante que los imputados, con cargos directivos en la empresa agraviada, vendieron diecisiete cocheras y diecinueve departamentos, a la fecha en que la esposa del titular, Jeymmy Lee Rodríguez Cárdenas, recuperó la administración de la constructora, aún no estaba terminada la única obra y tampoco se pagó el préstamo de S/ 2 100 000 (dos millones cien mil soles) al Banco Continental.

7.3.2. El Banco Continental, ante tal incumplimiento, después de denunciados los hechos y abierta una investigación por los mismos, resolvió el contrato, por intermedio del Roberto Reyes Perea, haciendo suscribir un nuevo contrato de préstamo con la empresa y con el aval de la nueva gerente, la esposa del titular, Jeymmy Lee Rodríguez Cárdenas, liberando a Carlos Flórez Salinas de su responsabilidad como aval del préstamo, dado que el Banco ya habría ejecutado la deuda más los intereses en vía judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Reparación civil y tercero civil

Octavo. Amerita señalar que la reparación civil es una institución del derecho civil e integra el objetivo civil del proceso penal. Está sujeta a sus propias reglas y principios³, dirigidos a que el responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la comisión de un ilícito penal asuma su resarcimiento. Por su parte, el tercero civil debe responder solidariamente con los autores y/o partícipes del hecho punible⁴, e incluso con aquellos absueltos, respecto a quienes se lograra determinar responsabilidad civil; concibiéndose así como aquella persona que sin haber participado en la comisión del delito interviene en el proceso para responder económicamente a favor del agraviado⁵.

³ Sentencia de Casación del catorce de marzo de dos mil diecinueve (Casación número 695-2018-Lambayeque); fundamentos de derecho, considerando segundo.

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Primera edición. Lima: Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, 2015, p. 250.

⁵ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo procesal penal*. Primera edición. Lima: Editorial IDEMSA, 2009, p. 84.

Noveno. Así, el artículo 95 del Código Penal establece la responsabilidad civil solidaria de quien no ha sido responsable directo del delito (autor y/o partícipe); por ello, la identificación del obligado no es arbitraria o discrecional, sino normativa; acudiéndose, por ende, al artículo 101 del *corpus* sustantivo penal⁶, concordante con el numeral 1 del artículo 111 del Código Procesal Penal, que permite remitirnos al artículo 1981 del Código Civil, regulador de la *responsabilidad* vicaria (originada por el subordinado), donde se concibe que: “Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

De lo esgrimido se desprenden dos requisitos: **a)** la existencia de subordinación y **b)** que el delito se cometa en el ejercicio del cargo o cumplimiento del deber. Sobre la subordinación, se descarta la exigencia de un vínculo legal, es suficiente corroborar que exista una relación de dependencia o jerarquía, incluso, como señala el autor Moreno Catena, de hecho, sin concernir que sea circunstancial, oneroso o gratuito⁷. En cuanto al ejercicio del cargo o el cumplimiento de un deber, el comportamiento ilícito debe haberse ejecutado mientras se desarrollaba o cumplía un rol encomendado por la persona natural o jurídica, esto es, un rol institucional⁸. Desde la perspectiva procesal, la capacidad de intervención del tercero civil se desprende del artículo 113 de la norma adjetiva penal; por tanto, se le reconocen derechos innatos a tal ejercicio, como el de contradecir aquellos aspectos relacionados con la existencia de un

⁶ Aplicación Supletoria del Código Civil: La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

⁷ MORENO CATENA, Víctor. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2003, p. 139.

⁸ Estos criterios ya fueron ratificados por esta Corte Suprema, a través del Recurso de Nulidad número 705-2018 Huancavelica, emitido por la Sala Penal Permanente, del diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

daño o perjuicio, o las razones por las cuales influyeron en la determinación de monto indemnizatorio o de reparación civil.

II. Administración fraudulenta-Uso del patrimonio de la persona jurídica

Décimo. El artículo 198 del Código Penal preceptúa, en lo pertinente, lo siguiente: "Será reprimido [...], el que, ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: [...] 8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica" (dispositivo legal al cual la sentencia de vista pretende reorientar el sometimiento judicial del tercero civil).

La incriminación penal, desde la tipificación de un conjunto de conductas específicas que afectan la correcta administración de las personas jurídicas —SALINAS SICCHA, Ramiro: *Derecho Penal-Parte Especial*, 5ta. edición, editorial Grijley, Lima, 2013, p. 1171—, se orienta a preservar intereses colectivos, estableciéndose por ello normas imperativas de reproche, si aquellos se conculcan. Así, no solo se busca evitar perjudicar a los acreedores, sino también resguardar los intereses de la propia persona jurídica o de terceros vinculados a ella. En ese sentido, el objetivo radica en evitar que el agente abuse o incumpla sus facultades de administración, perjudicando patrimonialmente a la persona jurídica o a terceros —GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, tomo II, editorial Grijley, Lima, 2007, pp. 361 a 363— o, con mayor precisión, a la función externa de representación e interna de gestión, gobierno y dirección de la persona jurídica —GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Derecho Penal-Parte Especial* (AA. VV.: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y otros), 3ra. edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 556—.

Decimoprimer. En el caso concreto —numeral 8 del artículo 198 del Código Penal—, se reprueba aquella conducta de administración de la persona jurídica que fragmenta los vínculos de fidelidad y lealtad que

unen a los administradores con aquella, donde el sujeto pasivo es propiamente la persona jurídica, al importar perjuicio evaluable económicamente.

En ese orden de ideas, el ilícito analizado converge como delito especial propio, pues el círculo de autores está circunscrito a los que ejercen funciones de administración o representación de una persona jurídica —se limita, por tanto, a ciertos miembros de la entidad—, convergiendo así, *stricto sensu*, en delito de administración. Además, la modalidad contenida en el numeral 8 del artículo 198 de la norma sustantiva es configurable como delito de infracción de deber, predicable con relación a aquellas personas que, por su posición en el organigrama de la persona jurídica, tienen un deber específico de lealtad y transparencia en relación con la persona jurídica que representan (STSE 286/2012, del diecinueve de abril de dos mil doce).

Decimosegundo. En razón de la limitación del sujeto activo, el término *persona jurídica* solamente puede entenderse constreñido a aquellas de derecho privado, con independencia de quién sea el titular del patrimonio, que incluso puede ser el Estado —GARCÍA CAVERO, Percy: *Obra citada*, pp. 364-365—.

Así, el concepto penal de persona jurídica, en tanto se esté ante un elemento normativo nuclear, comprende —si se analizan los supuestos típicos del artículo 198 del Código Penal— todas aquellas entidades de naturaleza societaria que participan en el tráfico jurídico-económico. La forma societaria no es relevante, puede ser comercial o civil, con fines de lucro o no; lo determinante es que participe de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines —DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *Sistema de Derecho Penal-Parte Especial* (AA. VV: MORILLAS

CUEVAS, Lorenzo, director), 5ta. edición, editorial Dykinson, Madrid, 2016, pp. 747 a 749—⁹.

El examen del tipo legal discernido se motiva en la decisión materia del recurso de casación, donde se ordena llevar a nuevo juicio al tercero civil, en escenario jurídico distinto al cual fuera pasible de incorporación en el proceso, sin justificación lógica básica.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimotercero. El recurso de casación en ciernes, como obra indicado en el fundamento quinto de esta ejecutoria suprema, fue bien concedido por la causal contenida en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, a fin de desarrollar parámetros respecto a la *responsabilidad vicaria* como sustento para comprender a un tercero civil en el proceso penal.

Decimocuarto. En ese sentido, es necesario precisar que el delito por el cual se declaró al Banco Continental BBVA¹⁰ como tercero civil fue el de fraude en la administración de personas jurídicas, tipificado en el numeral 7 del artículo 198 del Código Penal, cuyo tenor literal es como sigue: “Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica”¹¹, solo respecto a los encausados Roberto Miguel Ángel Reyes Perea y Sandra Elcira Guillén Velásquez (funcionarios del BBVA), quienes ostentaban la calidad de cómplices primarios del delito en comento. Correcto o no, el estadio procesal para ventilarlo precluyó, estando de conformidad a lo previsto por el numeral 2 del artículo 111 del Código Procesal Penal,

⁹ Casación número 1048-2019/Cusco, fundamento cuarto p. 8.

¹⁰ Mediante Resolución número 4, del veintidós de julio de dos mil catorce (foja 16), se resolvió declarar la constitución como tercero civil del BBVA Banco Continental, respecto de los imputados Roberto Miguel Ángel Reyes Perea y Sandra Elcira Guillén Velásquez (funcionarios del banco).

¹¹ Acusación (foja 453).

concordante con los artículos 101 y 102 del mismo cuerpo normativo. No obstante, en la recurrida se vincula al banco —unilateralmente— para que responda por otros procesados.

Decimoquinto. Mediante los argumentos esgrimidos en la sentencia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de Arequipa, se absolvió a Roberto Miguel Ángel Reyes Perea y Sandra Elcira Guillén Velázquez, resolución confirmada en dicho extremo por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la citada circunscripción; empero, en la sentencia de vista (foja 2570) se declaró la nulidad de oficio de la decisión del Tercer Juzgado Penal Unipersonal, en cuanto declara “infundada la pretensión civil respecto al tercero civilmente responsable Banco Continental”, ordenándose que los actuados sean remitidos a juzgador diferente de quien expidió el pronunciamiento declarado nulo, para que, renovando el juicio oral, expida nueva sentencia al respecto, con relación al ilícito previsto en el numeral 8 del artículo 198 del Código Penal, que dice: “Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica”; esto es, por modalidad delictiva distinta a la que fue incorporada la entidad y, pese a haber sido absueltos y desprovistos de responsabilidad civil, los funcionarios del banco que motivaron su declaración como tercero civil, excluyentemente.

Decimosexto. Cabe enfatizar haberse incorporado como tercero civil al Banco Continental por *responsabilidad vicaria*, debido a que, supuestamente, dos de sus funcionarios (representantes de dicha entidad financiera) se habrían confabulado con el gerente de la empresa agraviada, constructora Capecchi E. I. R. L., a fin de viabilizar el préstamo de S/ 2 100 000 (dos millones cien mil soles), sin cumplir las exigencias para ello; el dinero fue utilizado por el representante en Perú

de la mencionada constructora para fines distintos al estipulado, sin comunicar al titular de la empresa, ocasionándose perjuicio, al no llegar a concluirse con la edificación de la obra trazada, menos aún, con el pago del aludido préstamo a la entidad bancaria.

Decimoséptimo. Es menester acotar que Carlos Alberto Flórez Salinas, acudió al Banco Continental para tramitar crédito hipotecario a favor de su representada —en calidad de gerente general de la empresa Capecchi E. I. R. L., corroborado con la partida registral de personas jurídicas de la empresa constructora¹²—, estableciéndose como una de sus facultades la de gestionar ante el sistema financiero cualquier tipo de garantías en sus diferentes modalidades, materializado al suscribir la escritura del contrato de financiamiento a la construcción, celebrado legalmente entre el Banco Continental, representado por sus apoderados Roberto Miguel Ángel Reyes Perea y Sandra Elcira Guillén Velásquez, con la empresa constructora Capecchi E. I. R. L., debidamente representada por el aludido Carlos Alberto Flórez Salinas, según facultades inscritas en la partida número 11166527, del Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos de Arequipa, zona registral número XII-sede Arequipa. Verificados los poderes registrales de las partes aludidas, contrato, testimonio notarial y demás documentales actuadas en juicio oral, es posible concluir que la entidad crediticia cumplió sus deberes contractuales, no evidenciando haber otorgado indebido préstamo para la empresa agraviada, menos aún presenta a la fecha vínculo procesal con los funcionarios, por los cuales deba responder en calidad de tercero civil, al haber sido estos absueltos, no generado daños o perjuicios a la entidad agraviada que acarreen responsabilidad civil al casacionista.

¹² Fojas 9138 a 9144.

Decimooctavo. Así pues, es preciso enfatizar que, por responsabilidad vicaria, solo alcanza responder a aquella persona natural y/o jurídica, dentro de los márgenes de su incorporación a la causa, en la estación procesal respectiva, como tercero civil; aunado a ello, en este caso, no es viable atribuir tal responsabilidad al ente jurídico, si sus funcionarios y/o servidores han sido absueltos del objeto penal y expresamente declarados no responsables civiles.

Decimonoveno. Finalmente, debemos indicar que la reparación civil, estimada en primera instancia, no se fundamentó por los hechos en los cuales fue comprendido el BBVA, al señalarse lo siguiente: En relación con la deuda que tuvo la empresa constructora Capecchi con el BBVA Banco Continental [...], este despacho verificó la existencia de un préstamo debido, no existe nexo de causalidad con los acusados y no existe imputación sobre los funcionarios encargados, por lo que en dicho extremo debe ser desestimada [...]"¹³. En ese sentido, trasunta en arbitrario y ajeno al derecho, el proceder del Colegiado Superior, al considerar se convoque al tercero civil, a nuevo juicio oral, en aras de responder de manera directa por daño y/o perjuicio no irrogados a la parte agraviada, en el marco de una modalidad delictiva por la cual no se le declaró como tal —numeral 8 del artículo 198 del Código Penal—, mellándose con ello el debido proceso. Lo discernido denota albergar asidero a los cuestionamientos esgrimidos por el casacionista, *desvaneciéndose así la presunción de acierto y legalidad del extremo de la sentencia de vista en comento*; ello merita estimar el recurso de casación interpuesto, de conformidad con el artículo 433, numeral 2, del Código Procesal Penal.

¹³ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Sentencia emitida por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal (foja 1889).

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del tercero civil-**Banco Continental BBVA** contra el extremo de la sentencia de vista del veintisiete de diciembre de dos mil diecinueve, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante la cual declaró *nula* de oficio la parte pertinente de la sentencia del Tercer Juzgado Unipersonal de la citada jurisdicción, del veintiuno de agosto de dos mil dieciocho, integrada por Resolución número 32, del veinticinco de septiembre del mismo año, donde declara “infundada la pretensión civil respecto al tercero civilmente responsable Banco Continental” y ordena que los actuados sean remitidos a juzgador diferente de quien expidió el pronunciamiento declarado nulo, para que, renovando el juicio oral, expida nueva sentencia al respecto, con relación al ilícito previsto en el numeral 8 del artículo 198 del Código Penal. Por consiguiente, **CASARON** el citado extremo de la sentencia de vista y, **actuando como instancia, CONFIRMARON** la decisión del Tercer Juzgado Unipersonal de Arequipa, contenida en su sentencia del veintiuno de agosto de dos mil dieciocho, integrada por Resolución número 32, del veinticinco de septiembre del mismo año, donde declara infundada la pretensión civil respecto al tercero civil-Banco Continental.
- II. **DISPUSIERON** la lectura de esta sentencia en audiencia pública, notificándose a las partes apersonadas ante esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.

III. **MANDARON** que, cumplido el trámite respectivo, **hágase conocer** lo resuelto al órgano jurisdiccional de origen para su cumplimiento y que Secretaría de este Supremo Tribunal **archive** el cuaderno de casación en el modo y forma de ley.

Intervinieron los señores jueces supremos Bermejo Ríos y Guerrero López por vacaciones e impedimento de los señores jueces supremos San Martín Castro y Coaguila Chávez, respectivamente.

S. S.

SEQUEIROS VARGAS

GUERRERO LÓPEZ

BERMEJO RÍOS

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

TM/yerp



JURISTA
EDITORES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1048-2019/CUSCO
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título: Fraude en la administración de personas jurídicas

Sumilla: 1. La pretensión impugnatoria está constituida por la causa de pedir y el petitivo impugnativo. La primera es (i) el hecho con relevancia jurídica aducido, es decir, el concreto motivo impugnatorio en orden a determinado vicio que se estime contiene la resolución atacada –la causa de pedir de la pretensión acusatoria es la conducta realizada por el imputado a la que se asocia un injusto penal–, y (ii) al que une la petición respectiva, que es la consecuencia jurídica que la ley prevé en esos casos: revocatoria o anulatoria –el petitum de la pretensión acusatoria es la sanción penal y, en su caso, reparación civil que se solicita–. 2. El delito de administración fraudulenta es un delito especial propio: el círculo de autores está circunscripto a los que ejercen funciones de administración o representación de una persona jurídica –se limita, por tanto, a ciertos miembros de la persona jurídica–. Éste es un delito de administración en sentido estricto. A su vez, y desde esta limitación del sujeto activo, al término “persona jurídica” solamente puede entenderse constrictiva a las personas jurídicas de Derecho privado, con independencia de quién sea el titular del patrimonio, que incluso puede ser el Estado. 3. El concepto penal de persona jurídica, a estos efectos, en tanto no se está ante una ley penal en blanco y si ante un elemento normativo nuclear, comprende todas aquellas entidades de naturaleza societaria que participan en el tráfico jurídico-económico. La forma societaria no es relevante, puede ser comercial o civil, con fines de lucro o no; lo determinante es que participe de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines. Forma una unidad económica y constituida con el fin de incorporarse al tráfico económico.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, doce de octubre de dos mil veinte

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación por **inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material**, interpuesto por las defensas de los encausados VÍCTOR GERMÁN BOLUARTE MEDINA y FREDDY QUIROZ ZÁRATE, contra la sentencia de vista de fojas mil doscientos veintinueve, de diecisiete de mayo de dos mil diecinueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas novecientos veintiuno, de diez de febrero de dos mil diecinueve, los condenó como autores del delito de fraude en la administración de personas jurídicas – administración fraudulenta en agravio del Colegio de Abogados de Cusco a un año de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, y al pago solidario por concepto de reparación civil de setenta mil soles como restitución y treinta mil soles como indemnización; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que las sentencias de mérito declararon probado que el encausado Pedro Efraín Caviedes Catalan tuvo la condición de Decano del Colegio de Abogados de Cusco del once de febrero de dos mil seis al diecinueve de agosto de dos mil ocho; la encausada Ruth Eusebia Olivera Paredes fue tesorera del indicado colegio profesional del trece de marzo de dos mil siete al diecinueve de agosto de dos mil dieciocho; el encausado Víctor German Boluarte Medina tuvo la condición de Decano y el encausado Fredy Quiroz Zarate fue tesorero, ambos desde el veinte de agosto de dos mil ocho al cuatro de enero de dos mil diez. Los cuatro, en los periodos ya citados, tuvieron a su cargo la administración, gestión y manejo de los fondos económicos del Colegio de Abogados del Cusco; esto es, la percepción de dinero por cuotas ordinarias, derechos de colegiación, curso de capacitación entre otros.

∞ De acuerdo a los estados financieros del ejercicio económico del año dos mil siete, auditados por el C.P.C. Julio Gil Mora, la gestión ejercida por el encausado Caviedes Catalán y Olivera Paredes no presentó la situación financiera de la entidad agraviada al treinta y uno de diciembre de dos mil siete, ni los resultados de sus operaciones y flujos en efectivo. Los fondos a rendir cuenta en dicho ejercicio económico ascendían a la suma de diecisiete mil setecientos seis con noventa y siete soles y los egresos registrados con sustento documentario ascendían a la suma de cuarenta y cuatro mil seiscientos sesenta y seis con sesenta y seis soles. Por tanto, los fondos a rendir cuenta y los egresos registrados sin sustento documentario, de patrimonio del citado Colegio Profesional, fueron utilizados en provecho propio y de terceros.

∞ Según los estados financieros del año dos mil ocho, auditados por el C.P.C. Julio Gil Mora, la gestión del Colegio de Abogados de Cusco del periodo dos mil ocho y dos mil nueve, ejercida por los encausados Boluarte Medina y Quiroz Zarate, no presentaban razonablemente la situación financiera al treinta y uno de diciembre de dos mil ocho, ni los resultados de sus operaciones. Los fondos retirados de la tesorería del Colegio de Abogados en el año dos mil ocho, sin sustentación, ascendían a treinta y siete mil trescientos cuarenta y nueve con setenta, y los egresos sin sustento ascendían a la suma de noventa y cuatro mil quinientos quince soles. En el año dos mil nueve los fondos retirados y consignados como registro de gastos sin sustento documentario ascendían a cincuenta mil noventa y uno con cinco soles y la entrega de fondos con cargo a rendir cuenta a la suma de veintiséis mil ochocientos dieciocho con ochenta y cinco soles. Por ende, los fondos a rendir cuenta y los egresos registrados sin sustento documentario fueron utilizados en provecho propio y de terceros.

∞ Además, los encausados Boluarte Medina y Quiroz Zarate, al treinta y uno de diciembre de dos mil nueve, efectuaron registros contables no sustentados. Se registró como activo exigible la suma de treinta mil trescientos nueve soles,

sin sustento, al no indicarse a las personas a quienes se adeuda ese monto, así como se realizó un ajuste de ciento setenta y tres mil doscientos ocho soles de la cuenta de resultados acumulados, todo lo cual afectó el resultado del ejercicio del año dos mil nueve.

∞ Los acusados no realizaron la rendición de cuentas con documentos válidos, respecto de los egresos económicos correspondientes a los periodos de su gestión como Decano y Tesorero del Colegio de Abogados del Cusco.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite del proceso penal, se tiene lo siguiente:

1. La acusación de fojas tres, de veinte de mayo de dos mil catorce, atribuyó a los encausados Víctor Germán Boluarte Medina, Freddy Quiroz Zárate, Pedro Efraín Caviedes Catalán y Ruth Eusebia Olivera Paredes la comisión, en calidad de autores, del delito fraude a la administración de persona jurídica, en su modalidad de administración fraudulenta, en agravio de Colegio de Abogados de Cusco, y requirió se les imponga tres años de pena privativa de la libertad.
2. La inicial sentencia de primera instancia, corriente a fojas trescientos siete, de dieciocho de enero de dos mil dieciséis, los condenó como autores del indicado delito a dos años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, y al pago por concepto de reparación civil de doce mil soles y la restitución de lo indebidamente apropiados.
3. La parte civil y la defensa de los encausados interpusieron los recursos de apelación de fojas trescientos treinta y dos, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, y de fojas trescientos treinta y siete, trescientos cincuenta y dos, y fojas trescientos sesenta y dos, de veinticinco de enero de dos mil dieciséis.
4. La primera sentencia de vista, de fojas cuatrocientos sesenta y dos, de cuatro de mayo de dos mil dieciséis, revocó la sentencia apelada y declaró fundada la excepción de prescripción deducida y sobreseído el proceso.
5. Contra la mencionada sentencia el representante del Ministerio Público y la parte civil presentaron los recursos de casación de fojas cuatrocientos setenta y tres, de once de mayo de dos mil dieciséis, y de fojas cuatrocientos ochenta, de diecisiete de mayo de dos mil dieciséis.
6. Mediante Sentencia de Casación número setecientos setenta y nueve de dos mil dieciséis, la Corte Suprema declaró fundada el recurso de casación de oficio y casó la sentencia de vista. Esta sentencia casatoria solo se pronunció respecto de la prescripción del delito imputado.
7. La segunda sentencia de vista de fojas quinientos ochenta y cuatro, de veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete, por mayoría, declaró nula la sentencia apelada y dispuso nuevo juicio oral de primera instancia.
8. Después del nuevo juicio oral, se emitió la sentencia de primera instancia de fojas novecientos veintiuno, de diez de febrero de dos mil diecinueve, que condenó a Víctor Germán Boluarte Medina, Freddy Quiroz Zárate, Pedro

Efraín Caviedes Catalán y Ruth Eusebia Olivera Paredes como autores del delito fraude a la persona jurídica – administración fraudulenta, a los dos primeros a dos años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, y a los dos últimos a un año de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, y al pago de treinta mil soles más la restitución de setenta mil soles por concepto de reparación civil.

9. La defensa de los encausados interpuso los recursos de apelación de fojas mil noventa y uno, del veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, y de fojas mil ciento diez, de veintidós de febrero de dos mil diecinueve.
10. Culminado el trámite impugnativo –sin la actuación de nuevas pruebas–, la Primera Sala Penal de Apelaciones de Cusco profirió la sentencia de vista de fojas mil doscientos veintinueve, de diecisiete de mayo de dos mil diecinueve, en cuanto confirmó la sentencia de primera instancia respecto de la condena y pena de Caviedes Catalán y Olivera Paredes, la revocó en lo atinente la pena impuesta a Boluarte Medina y Quiroz Zárate, de suerte que les impuso a todos un año de privación de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, y la confirmó en todo lo demás.
11. Contra esta sentencia de vista las defensas de los encausados promovieron recursos de casación.

TERCERO. Que la defensa del encausado Boluarte Medina en su recurso de casación formalizado de fojas mil doscientos cincuenta y seis, de treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve, como *causa petendi* (causa de pedir) invocó el artículo 429, incisos 1, 3 y 5, del Código Procesal Penal: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial.

∞ Postuló el acceso excepcional a la casación amparándose en el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal.

∞ Argumentó, en vía excepcional, que los Colegios Profesionales no son organizaciones de derecho privado, por lo que las afectaciones a su patrimonio no pueden subsumirse en el tipo penal del artículo 198 del Código Penal; que el juez no está facultado para modificar el marco de imputación fáctica y temporal; que la imputación no puede construirse en función a una prueba documental sino a los estatutos de la persona jurídica.

CUARTO. Que la defensa del encausado Quiroz Zárate en su recurso de casación formalizado de fojas mil trescientos quince, de treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve, no solo citó el artículo 429, numerales 1 y 3, del Código Procesal Penal: inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material, sino también el acceso excepcional al mencionado recurso. En este punto resaltó que no es sujeto pasivo del delito de fraude en la administración de personas jurídicas, en el supuesto atentado patrimonial

contra un Colegio Profesional; que no se puede acreditar el fraude sin que exista una adecuada pericia contable; que no puede cometer tal delito quien destinó el dinero para fines de la misma institución.

QUINTO. Que la defensa de los encausados Caviedes Catalán y Olivera Paredes en su recurso de casación formalizado de fojas mil trescientos cuarenta y seis, de treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve, demandó tres motivos de casación, el artículo 429, numerales 1, 4 y 5, del Código Procesal Penal: inobservancia de precepto constitucional, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial. Desde el acceso excepcional planteó que los Colegios de Abogados son instituciones de interés público y las afectaciones a su patrimonio no pueden subsumirse en el tipo penal de fraude en la administración de personas jurídicas.

SEXTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ciento cincuenta y ocho, de treinta y uno de enero de dos mil veinte, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. Las causales de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material: artículo 429, numerales 1 y 3, del Código Procesal Penal.
- B. El objeto de la casación es determinar:
 - 1. Si el delito de fraude en la administración de personas jurídicas puede ser cometido contra un Colegio Profesional, como el criterio de imputación respecto del directivo institucional.
 - 2. Cuál es el marco del principio de congruencia en función a las fechas de comisión del delito y qué relevancia en estos delitos de la prueba pericial contable.

SÉPTIMO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –con la presentación de alegatos ampliatorios por las defensas del encausado Boluarte Medina [fojas ciento setenta y dos, de veintiuno de agosto de dos mil veinte], del encausado Quiroz Zárate [fojas ciento noventa y dos, de veinticuatro de agosto de dos mil veinte], así como por la defensa del actor civil [fojas ciento setenta y nueve, de diecisiete de agosto de dos mil veinte]–, se expidió el decreto de fojas ciento sesenta y seis, de siete de setiembre de dos mil veinte, que señaló fecha para la audiencia de casación el cinco de octubre último.

OCTAVO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de los letrados, Juan Diego Ugaz Heudebert, –por el encausado Boluarte Medina–, Edison Máximo Pilco Grageda –por el encausado Quiroz Zárate–, Tika Luizar Obregón –por el Colegio de Abogados del Cusco–.

∞ Ante la inconcurrencia de la defensa de los encausados Caviedes Catalán y Olivera Paredes, en ese acto se declaró inadmisibile el recurso de casación que interpusieron.

NOVENO. Que, concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, desde el concreto motivo casacional de **inobservancia de precepto constitucional**, en relación al acatamiento al principio de congruencia procesal, es de precisar que este principio integra la garantía de tutela jurisdiccional (artículo 139, numeral 3, de la Constitución), la cual exige no solo una sentencia fundada en Derecho sino que sea congruente con la pretensión acusatoria [STCE 99/1999, de 3 de mayo, FJ 3] –se excluyen los fallos *extra petita* y *ultra petita*–, para lo cual debe confrontarse la sentencia con el objeto del proceso –éste lo define el acusador–.

∞ Desde la perspectiva objetiva, la pretensión impugnatoria está constituida por la causa de pedir y el petitio impugnativo. La primera es (i) el hecho con relevancia jurídica aducido, es decir, el concreto motivo impugnatorio en orden a determinado vicio que se estime contiene la resolución atacada –la causa de pedir de la pretensión acusatoria es la conducta realizada por el imputado a la que se asocia un injusto penal–, y (ii) al que une la petición respectiva, que es la consecuencia jurídica que la ley prevé en esos casos: revocatoria o anulatoria –el *petitum* de la pretensión acusatoria es la sanción penal y, en su caso, reparación civil que se solicita–.

∞ La sentencia no puede pronunciarse sobre más cuestiones que las planteadas o, como precisa el artículo 397, apartado 1 del Código Procesal Penal, “[...] no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria [...]” –en materia de impugnación es de aplicación el artículo 409, numeral 1, del Código Procesal Penal, que señala: “La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada [...]”.

∞ La congruencia también opera como limitación derivada del principio acusatorio, que recorta las atribuciones del órgano jurisdiccional para resolver sólo sobre aquello que el acusador ha introducido en el proceso. El juez está vinculado a lo que las partes alegaron –aunque no por los fundamentos jurídicos: *iura novit curia*– [conforme: GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, FERNANDO: *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2da. Edición, Editorial Forum, Oviedo, 2002,

p. 448], si bien es de tener presente que, en lo penal, existen límites adicionales derivados de la interdicción de fallos sorpresivos, ex artículo 374, numeral 1, del Código Procesal Penal, y de la necesidad de identidad de bien jurídico vulnerado entre título acusatorio y título condenatorio.

SEGUNDO. Que, en el presente caso, si se compara la acusación fiscal con las sentencias de mérito, en lo concerniente al año dos mil siete, atribuido a los encausados Caviedes Catalán y Olivera Paredes, no existe variación alguna, en tanto en cuanto se aceptó el íntegro de los hechos y montos comprendidos. En lo referido a los años dos mil ocho y dos mil nueve, imputados a los encausados Boluarte Medina y Quiroz Zárate, no se adicionaron cantidades ni incorporaron otros rubros. Lo que sucedió en estos dos años es que la sentencia degradó los cargos materia de acusación fiscal; es decir, disminuyó las cantidades objeto de apropiación y en el año dos mil ocho cuestionó faltantes solo entre agosto y diciembre.

∞ No consta, en consecuencia, que se produjo un fallo *extra petita* o uno *ultra petita*. La degradación de la imputación, en función a la prueba actuada, es plenamente posible. Solo será relevante, desde el principio de exhaustividad, un fallo corto o *citra petita*, si se omite examinar un hecho o circunstancia importante, propiamente pretensión o pretensiones correctamente introducidas, que deje o dejen imprejuizada la pretensión o pretensiones oportunamente planteada(s). Por otro lado, es plenamente posible que en la sentencia, en función al material probatorio actuado y debatido en el plenario, se pueda precisar los hechos o aclararlos, así como adicionar circunstancias que den un mayor sentido o delimitación al cuadro de hechos acusados, sin alterarlos ni desnaturalizarlos.

∞ El motivo constitucional, por inobservancia del principio de congruencia procesal, no puede prosperar. Este principio no está en función a la valoración íntegra del material probado, sino de la congruencia entre pretensión procesal y decisión judicial.

TERCERO. Que otra denuncia impugnativa es que la condena se habría dictado pese a que la pericia contable no tuvo a la vista toda la documentación necesaria. En buena cuenta se postuló una inobservancia de la garantía de presunción de inocencia, por la insuficiencia de pruebas inculpatorias, sobre la base de una defectuosa prueba pericial, que no pudo cumplir con su objeto procesal.

∞ Ahora bien, la condena se sustentó: **1.** Como indicio procedimental inicial, en informes de auditoría interna, al punto que quien lo emitió expuso, justificó sus conclusiones y se sometió a contradicción en el acto oral. **2.** En la correspondiente pericia contable oficial. Los peritos en el dictamen respectivo y en el plenario dejaron constancia de que no se les entregó toda la documentación requerida, aunque, según las explicaciones del perito, tales

omisiones no impidieron concluir que se efectuaron gastos pero no se realizaron las rendiciones de cuentas. Este punto fue explicado razonablemente en la sentencia de vista. No consta prueba en contrario ni argumento técnico que refute esta conclusión.

∞ Así las cosas, el motivo constitucional, residenciado en la garantía de presunción de inocencia, referido a la eficacia de la pericia contable, no es viable.

CUARTO. Que, desde el Derecho penal material, es de analizar, en atención al motivo de infracción de precepto material, si el tipo delictivo de administración fraudulenta, previsto y sancionado por el artículo 198 del Código Penal, ha sido correctamente interpretado. En especial, desde el sujeto pasivo y quiénes pueden ser sujetos activos del mismo.

∞ El citado artículo 198 del Código Penal preceptúa, en lo pertinente, lo siguiente: “Será reprimido con [...] el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de tercera, cualquiera de los actos siguientes: 8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica”.

∞ La incriminación penal –desde la tipificación de un conjunto de conductas específicas que afectan la correcta administración de las personas jurídicas SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Derecho Penal – Parte Especial*, 5ta. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2013, p. 1171]– apunta a preservar ciertos intereses colectivos y por ello se establecen normas imperativas para la administración de las personas jurídicas. No solo se busca no perjudicar a los acreedores, sino también resguardar los intereses de la propia persona jurídica o de terceros vinculados a ella. Así las cosas, el interés concretamente protegido es que el agente no abuse o incumpla sus facultades de administración, perjudicando patrimonialmente a la persona jurídica o a terceros [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Económico – Parte Especial*, Tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2007, pp. 361-363] –o, con mayor precisión, se atiende, respecto de ellos, a la función externa de representación y otra interna de gestión, gobierno y dirección de la persona jurídica [conforme: GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Derecho Penal – Parte Especial –AA.VV.*: Tomás Salvador Vives Antón y otros–, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 556]. El tipo delictivo criminaliza el conjunto de comportamientos contrarios a la buena marcha de la persona jurídica; y, en el caso concreto del artículo 198, numeral 8, del Código Penal, se reprueba aquella conducta de administración de la persona jurídica que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con aquélla, donde propiamente el sujeto pasivo es la persona jurídica, al importar un perjuicio evaluable económicamente.

∞ En atención a los elementos comunes del tipo delictivo analizado, es un delito especial propio: el círculo de autores está circunscripto a los que ejercen funciones de administración o representación de una persona jurídica –se

limita, por tanto, a ciertos miembros de la persona jurídica-. Éste es un delito de administración en sentido estricto. Además, en la figura del numeral 8, es un delito de infracción de deber predicable en relación a aquellas personas que por su posición en el organigrama de la persona jurídica tienen un deber específico de lealtad y transparencia en relación a la persona jurídica que representan (STSE 286/2012, de 19 de abril).

∞ A su vez, y desde esta limitación del sujeto activo, el término “persona jurídica” solamente puede entenderse constreñida a las personas jurídicas de Derecho privado, con independencia de quién sea el titular del patrimonio, que incluso puede ser el Estado [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Obra citada*, pp. 364-365].

∞ Siendo así, el concepto penal de persona jurídica, a estos efectos, en tanto no se está ante una ley penal en blanco y sí ante un elemento normativo nuclear, comprende –si se analizan todos los supuestos típicos del artículo 198 del Código Penal– todas aquellas entidades de naturaleza societaria que participan en el tráfico jurídico-económico. La forma societaria no es relevante, puede ser comercial o civil, con fines de lucro o no; lo determinante es que participe de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines. Forma una unidad económica y está constituida con el fin de incorporarse al tráfico económico [DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *Sistema de Derecho Penal – Parte Especial* (AA.VV: Lorenzo Morillas Cuevas – Director), 5ta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pp.747-749]. El ámbito de protección de la norma jurídico penal incide, por consiguiente, en las sociedades que se incorporan al tráfico jurídico económico.

QUINTO. Que, en cuanto al Colegio de Abogados del Cusco, siendo un Colegio Profesional es de aplicación el artículo 20 de la Constitución, que lo define como una institución autónoma con personalidad de derecho público, así como la Ley 1367, de veinte de diciembre de dos mil diez. La autonomía significa la capacidad de autogobierno (administrativa, económica y normativa) pero sin apartarse del ordenamiento jurídico (STC 0027-2005-AI/TC, de 20 de febrero de 2006). Mientras la personalidad de derecho público interno importa que su creación está sujeta a la decisión del legislador a través de una ley y, además, a la protección de un interés público en función a la importancia social y económica de algunas profesiones, cuyos fines guardan estrecha relación, o están directamente conectados, con los intereses profesionales propios de sus integrantes (SSTC 3954-2006-PA/TC, de 11 de diciembre de 2006, y 0010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003); ejercen funciones de relevancia constitucional (GARCÍA TOMA, VÍCTOR: *Informe Legal de 11-6-2020*).

∞ En tal virtud, los directivos del Colegio de Abogados del Cusco, como todo Colegio Profesional, no pueden ser sujetos activos del delito de administración fraudulenta, en tanto que no administran o representan una persona jurídica de derecho privado constituida con el fin de incorporarse al tráfico económico. El

rol de todo Colegio Profesional no es el de intervenir en el mercado para el cumplimiento de sus fines, sino promover y proteger el ejercicio profesional conforme a ley y velar por el cumplimiento de las normas éticas y deontológicas de la profesión. Al respecto, explica VELEZMORO PINTO, los Colegios Profesionales en general –y el Colegio de Abogados en especial– tienen las siguientes características que le son propias: (i) son representativos, y cumplen una labor de defensa gremial; (ii) promueven el bienestar social de sus asociados; y, (iii) son, asimismo, una garantía para el medio social, puesto que velan por el cumplimiento de normas técnicas y éticas del ejercicio profesional [VELEZMORO PINTO, FERNANDO: el artículo 20 de la Constitución. En: AA.VV. GUTIÉRREZ, WALTER (Director): *La Constitución comentada*, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 498].

∞ En suma y por lo expuesto, la tutela penal, mediante el tipo delictivo del artículo 198 del Código Penal, no comprende el patrimonio institucional del Colegio de Abogados del Cusco. Otras son las vías de tutela jurídica y, en su caso, otro es el delito que podría ser materia de imputación.

SEXTO. Que, por ende, el motivo casacional de infracción de precepto material debe ser estimado. La conducta juzgada a los cuatro impugnantes no puede subsumirse en el tipo delictivo de administración fraudulenta. Se interpretó incorrecta dicha figura delictiva y, por ello, se subsumió en unos hechos que no la comprendían.

∞ El fallo será tanto rescindente como rescisorio. La atipicidad de la conducta materia de condena en primera y segunda instancia permite, al no corresponder un debate adicional de carácter probatorio (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal) dictar un fallo absolutorio.

SÉPTIMO. Que aun cuando se declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por los encausados Caviedes Catalán y Olivera Paredes, estando a la unidad de situación jurídica entre todos los imputados –no constan motivos personales que en esencia los diferencie– es de aplicación el principio de extensión de los efectos del fallo casatorio, conforme al artículo 408, numeral 1, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones: I. Declararon **INFUNDADO** los recursos de casación por **inobservancia de precepto constitucional** interpuesto por las defensas de los encausados VÍCTOR GERMÁN BOLUARTE MEDINA y FREDDY QUIROZ ZÁRATE contra la sentencia de vista de fojas mil doscientos veintinueve, de diecisiete de mayo de dos mil diecinueve. II. Declararon **FUNDADO** los recursos de casación por **infracción de precepto material** interpuesto por las defensas de los citados encausados VÍCTOR GERMÁN BOLUARTE MEDINA y FREDDY QUIROZ ZÁRATE contra la

sentencia de vista de fojas mil doscientos veintinueve, de diecisiete de mayo de dos mil diecinueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas novecientos veintiuno, de diez de febrero de dos mil diecinueve, los condenó como autores del delito de fraude en la administración de personas jurídicas – administración fraudulenta en agravio del Colegio de Abogados de Cusco a un año de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, y al pago solidario por concepto de reparación civil de setenta mil soles como restitución y treinta mil soles como indemnización; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista. **III.** Actuando como instancia: **REVOCARON** la sentencia condenatoria de primera instancia; reformándola: **ABSOLVIERON** a VÍCTOR GERMÁN BOLUARTE MEDINA y FREDDY QUIROZ ZÁRATE de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de fraude en la administración de personas jurídicas – administración fraudulenta en agravio del Colegio de Abogados de Cusco; y, como corolario: **DISPUSIERON** se archive definitivamente el proceso seguido en su contra, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales por estos cargos, y se levanten las medidas de coerción dictadas en su contra. **IV.** **EXTENDIERON** los efectos absolutorios a los encausados PEDRO EFRAÍN CAVIEDES CATALÁN y RUTH EUSEBIA OLIVERA PAREDES; en consecuencia, **DISPUSIERON** se proceda en los mismos términos respecto de ellos por el delito materia de condena, levantándose las medidas de coerción dictadas en su contra y anulándose sus antecedentes policiales y judiciales por dichos cargos. **V.** **ORDENARON** se lea esta sentencia casatoria en audiencia pública, se notifique oportunamente, se registre y se publique en la Página Web del Poder Judicial; archivándose las actuaciones. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHAVEZ

CSMC/AMON

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

Sumilla: I. El **delito fuente** es un elemento normativo del tipo objetivo de los tres subtipos penales del delito de Lavado de Activos, previstos en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249. Por tanto, para que una conducta sea típica, debe reunir todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal. Si faltare alguno de ellos, la conducta será atípica; y, en consecuencia, procederá la excepción de improcedencia de acción. II. El delito fuente de Lavado de Activos, en nuestra legislación, se basa en el principio de legalidad; es decir, debe estar taxativamente determinado por la ley, conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 10º del Decreto Legislativo 1106, que establece un sistema *numerus clausus*. III. El delito de Fraude en la Administración de las Personas Jurídicas, no constituye delito fuente del delito de Lavado de Activos; por no estar contemplado expresamente en dicha disposición; no siendo posible su subsunción dentro de la fórmula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales», por no revestir gravedad. En consecuencia, el hecho denunciado por el Ministerio Público resulta atípico, por faltar un elemento normativo del tipo objetivo; esto es, el delito fuente. IV. Para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales» -prevista en el segundo párrafo del artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico; mencionando a su presunto autor o partícipe, con indicación de la fecha y lugar en que ocurrió; ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) la gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, ocho de agosto de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, contra el Auto de Vista N° 259-2016, de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis -obrante a folias tres del cuadernillo supremo-; emitido por la Segunda Sala Penal de apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; en el

extremo que, declarando infundado el recurso de apelación, confirmó la Resolución N° 04-2016, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; en la Investigación Preparatoria que se le sigue por el delito de Lavado de Activos, en agravio del Estado.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§. HECHOS OBJETO DE IMPUTACIÓN

PRIMERO: Se tiene de los actuados que, mediante Disposición Fiscal N° 09-2016, de fecha 19 de abril de 2016, la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de Arequipa; dispuso formalizar investigación preparatoria en contra de JADER HARB RIZQALLAH GARIB, por la presunta comisión del delito de Lavado de Activos, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público del Ministerio del Interior Especializado en delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio. De acuerdo con la imputación fáctica del Ministerio Público, el procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, realizó cuatro actos de *transferencia* bancaria, típicos de Lavado de Activos, conforme a lo previsto en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1106. Asimismo, en relación al delito fuente o delito precedente, el Ministerio Público postulo que el dinero objeto de las diferentes transferencias, podría provenir de actividades

vinculadas con el Fraude en la Administración de Personas Jurídicas. Los cuatro actos de transferencia objeto de imputación fiscal son los siguientes:

- i. Transfirió la suma de US\$ 651,943.73 (primera facilidad financiera) conforme al contrato de cesión de derechos y de flujos dinerarios futuros, celebrado con el Club FBC Melgar. La transferencia se realizó el **10 de julio de 2013**, mediante cheque de gerencia N° 0008215 (US\$ 217,134.55) y cheque de gerencia N° 0008216 (US\$ 402,212.17).
- ii. Transfirió de la suma de US\$ 513,934.58 (segunda facilidad financiera) conforme al contrato de cesión de derechos y de flujos dinerarios futuros, celebrado con el Club FBC Melgar. La transferencia se realizó el 29 de noviembre de 2013, mediante el cheque de gerencia N° 0008476.
- iii. Transfirió la suma de US\$ 1'069,129.67 (préstamos dinerarios) en el 2014, conforme al Acuerdo de Reconocimiento de deuda celebrado con el Club FBC Melgor.
- iv. Transfirió la suma de S/. 3'014,755.00, por concepto de pago de deuda que el Club FBC Melgor mantenía con la SUNAT. La transferencia se realizó el 26 de marzo de 2014.

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

SEGUNDO: Mediante escrita obrante a folios dos -del incidente de excepción de improcedencia de acción-, la defensa técnica de JADER HARB RIZQALLAH GARIB, deduce la excepción de improcedencia

de acción ante el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa; alegando que la imputación efectuada contra su patrocinado, por parte del Ministerio Público, mediante Disposición Fiscal de Formalización de Investigación Preparatoria N° 09-2016, de fecha 19 de abril de 2016, se sustenta en hechos atípicos respecto del delito de lavado de activos; en consecuencia, la defensa sustenta la excepción deducida, de conformidad con lo previsto en el artículo 6° inciso 1 literal b, del Código Procesal Penal; esto es, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

TERCERO: Realizada la audiencia de excepción de improcedencia de acción -conforme al Acta de registro de audiencia de folios veintisiete-, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa emitió la Resolución N° 04-2016, de fecha 27 de julio de 2016 -obrante a folios veintiacho-; declarando infundada la excepción de improcedencia de acción presentada por la defensa de JADER HARB RIZQALLAH GARIB, por el delito de lavado de activos, y dispuso la continuación del proceso conforme a su estado.

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

CUARTO: Contra la Resolución N° 04-2016, el procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, interpuso recurso de apelación -folios setenta y seis-; el mismo que fue concedido mediante resolución de folios noventa y cinco, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante resolución de folios ciento siete, señaló fecha de audiencia de apelación para el día seis de octubre de dos mil dieciséis. En la fecha indicada, se dio inicio a la audiencia -folios

ciento diez-. Compareció el señor Fiscal Superior de la Quinta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones, así como el abogado defensor del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. La defensa requirió la revocatoria de la resolución impugnada y, en consecuencia, que se declare fundada la excepción de improcedencia de acción deducida; mientras que, por su parte, el Ministerio Público solicitó que se confirme la sentencia apelada. Los alegatos versaron en relación a tres aspectos medulares; que corresponden a los puntas sobre los que la defensa sustentó su apelación:

- i. La aplicación del *principio de prohibición de regreso*; esto es, que las transferencias de dinero realizadas por parte del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, a favor del Club FBC Melgar; se efectuaron dentro del ámbito eminentemente empresarial, mediante el sistema bancarizado, con intervención de autoridades fiscalizadoras y, a través de cheques de gerencia.
- ii. La ausencia del *delito precedente*; debiendo descartarse que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas pueda constituir delito precedente del Delito de Lavado de Activos.
- iii. La ausencia de *tipicidad subjetiva*; en vista de que en los delitos de tendencia interna trascendente, como es el caso del delito de Lavado de Activos, es necesario que la transferencia se realice con la finalidad de evitar la identificación del origen

ilícito de los bienes, su incautación o decomiso; elemento que no ha sido sustentado, ni siquiera fácticamente, por el Ministerio Público, en su Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria.

QUINTO: La Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; mediante Auto de Vista N° 259-2016, contenido en la Resolución N° 10, de fecha 07 de noviembre de dos mil dieciséis; resolvió declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; y, en consecuencia, confirmar la Resolución N° 04-2016, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, por el delito de Lavado de Activos.

SEXTO: La Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; sustentó su Auto de Vista N° 259-2016, en los siguientes argumentos:

- i. En relación al argumento de *atipicidad objetiva por conducta neutral*; la Sala Superior señaló que: i) el delito de Lavado de Activos involucra, no solamente las operaciones no identificadas; sino todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legalidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito. ii) En consecuencia, será a través de la investigación fiscal que se determinará si el objeto de procesamiento, circunscrito a las cuatro transferencias bancarias -por los montos indicados, en las circunstancias

descritas, etc.-, no constituye conducta típica de Lavado de Activos.

- ii. En relación al argumento de *atipicidad por ausencia del delito precedente*; la Sala Superior señaló que: *i)* Si bien es cierto que en el fundamento 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, se señaló que «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad»; y que en el fundamento 15 del Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116, se alude a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros; ambos Acuerdos Plenarios son aplicables, únicamente, a la interpretación de las normas anteriores a la vigencia del Decreto legislativo N° 1106, Decreto de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros Delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado, de fecha diecinueve de abril de dos mil doce. *ii)* La consideración del *delito previo*, como un elemento objetivo normativo del tipo penal, a la luz de las normas penales anteriores al Decreto Legislativo N° 1106; generó la impunidad de los actos contaminantes del sistema económico, así como la ineficacia de la Administración de Justicia en cuanto a la prevención, investigación y represión de estos delitos; lo que, a su vez, significa una burla a las expectativas sociales y una defraudación de la finalidad político criminal que inspiró la configuración del delito de Lavado de Activos; situación que

inspiró una modificación, dogmática y normativa, acorde al espíritu de represión penal intentado para con dicho ilícito penal. *iii)* El delito de Lavado de Activos es un delito autónomo, cuya acreditación no depende del refrendo de un delito previo; sino que es suficiente con que existan indicios razonables que vinculen a los activos con la actividad criminal previa; así lo establece el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106. *iv)* La autonomía del delito de Lavado de Activos, apunta a que el conocimiento del origen ilícito que tiene a que debía presumir el agente, comprende no solamente a los delitos que contempla el Decreto Legislativo N° 1106; sino también, a cualquier otra delito con capacidad de generar ganancias ilegales; entre las que no se descarta el delito propuesto por el Ministerio Pública, esta es, el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas. En consecuencia, con el Decreto Legislativo N° 1106, no se puede considerar como actividad criminal previa solamente a los delitos graves, o que deban cometerse a través de la criminalidad organizada, sino a cualquier delito con capacidad de generar ganancias ilegales; excluyéndose únicamente al delito de receptación, previsto en el artículo 194° del Código Penal.

- iii.* En relación al argumento de *atipicidad por ausencia del elemento subjetivo*; ello no puede determinarse vía excepción de naturaleza de acción; por cuanto, en dicha vía incidental, no puede llevarse a cabo la valoración de elementos de convicción.

§. DEL RECURSO DE CASACIÓN

SÉPTIMO: Contra el Auto de Vista N° 259-2016, de folios ciento trece, la defensa técnica del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, a folios ciento cuarenta y tres, interpuso recurso de casación -ampliado en esta sede suprema mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2017-; sosteniendo que el Auto de Vista: i) Se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 -causal prevista en el inciso 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal-; ii) ha sido expedido aplicando indebidamente e interpretando erróneamente el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 -causal prevista en el inciso 3 del artículo 429°-; iii) ha sido expedido con inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal, denominada "motivación de las resoluciones judiciales" -causal prevista en el inciso 1 del artículo 429°-; y, por último, iv) incurre en una inobservancia de los artículos 6.1.b y 336.2.b, del Código Procesal Penal -causal prevista en el inciso 2 del artículo 429° del citada código adjetiva-. Finalmente, solicita que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433.3 del Código Procesal Penal, este Suprema Tribunal establezca como doctrina jurisprudencial vinculante, los siguientes tópicos: i) el delito precedente es un elemento del tipo penal de lavado de activos; ii) la gravedad es una de las características del delito precedente; iii) el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas no constituye un delito precedente del delito de Lavado de Activos; y, iv) los delitos precedentes de la receptación patrimonial no son delitos precedentes del delito de Lavado de Activos. De lo expuesta por el

recurrente, se advierte con claridad que postula el recurso de casación excepcional, para desarrollo de la doctrina jurisprudencial, contemplado en el artículo 427°, inciso 4, del Código Procesal Penal.

OCTAVO: Este Supremo Tribunal, mediante Ejecutoria Suprema de fecha 22 de marzo de 2017, obrante a folios setenta y tres, en el presente cuadernillo; declaró bien concedido el recurso de casación, solo por las causales previstas en los incisos 3 [indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley penal] y 5 [apartamiento de la doctrina jurisprudencial] del artículo 429° del Código Procesal Penal. Mientras que fue declarado inadmisibles por las causales previstas en los incisos 1 [inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal denominada "*motivación de las resoluciones judiciales*"] y 2 [inobservancia de los artículos 6.1.b y 336.2.b del Código Procesal Penal] del artículo 429° del Código Adjetivo acotado. En este sentido, lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:

- A. La interpretación errónea e indebida aplicación, por parte de la Sala Superior, del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106; esto es, respecto a que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, puede constituir delito fuente del delito de Lavado de Activos.
- B. El apartamiento de la doctrina jurisprudencial desarrollada en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, por parte de la Sala Penal Superior; bajo el argumento de que dicha jurisprudencia vinculante se encuentra desfasada; esto es, que no sirve para interpretar el Decreto Legislativo N° 1106, en lo que respecta al

delito fuente como elemento objetivo del tipo legal del delito de Lavado de Activos.

NOVENO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, se expidió el decreto de folios ochenta y nueve en el presente cuadernillo; señalándose fecha para la audiencia de casación el dieciocho de julio de dos mil diecisiete. La audiencia de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, la Procuraduría Pública y, la defensa técnica del procesado impugnante. Culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta; en virtud de la cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar lo presente sentencia de casación, cuya lectura se dorá en audiencia pública, en concordancia con el inciso 4 del artículo 431º, del Código Procesal Penal; señalándose para el ocho de agosto de dos mil diecisiete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§. LA DEFICIENTE REGULACIÓN DEL DELITO FUENTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA SOBRE LAVADO DE ACTIVOS

DÉCIMO: La represión penal del lavado de activos en nuestro país, vino de la mano de la intensificación de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas¹. Así, en el marco de la Convención contra el Tráfico

¹ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2007, p. 479. ÉL MISMO, «El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/MENDOZA LLAMACPONCCA (Coord.), *Ley Contra el Crimen Organizado (Ley N° 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*, 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2016, p.

Ilícito de Estupefocientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por las Naciones Unidas en diciembre del año 1988, en la ciudad de Viena - la misma que fuera ratificada por nuestro Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25352, del 23 de diciembre de 1991- la tipificación del delito de lavado de activos en el Perú, aparece vinculada únicamente a este delito; esto es, se tenía como única conducta previa o generadora del activo ilícito, al delito de tráfico ilícito de drogas². Es así que, inmerso en un conglomerado de decretos legislativos que fueron promulgados por el Poder Ejecutivo durante el mes de noviembre de 1991, se incluyó al Decreto Legislativo 736 (Promulgado el 8 de noviembre de 1991), que adicionaba dos artículos a la Sección II del Capítulo III, del Título XII del Código Penal, sobre tráfico ilícito de drogas. Dichos dispositivos signados como artículo 296°A y 296°B, tuvieron por función político-penal, criminalizar los actos de lavado de dinero provenientes del narcotráfico³.

DÉCIMO PRIMERO: No obstante, por razones de carácter político, el Congreso de la República decidió no ratificar dicho Decreto Legislativo 736 y reemplazarlo, más bien, por una ley que asimilaba el lavado de activos a una receptación patrimonial agravada. La

391: «El origen criminológico del lavado de dinero se remonta al desarrollo del lucrativo negocio del tráfico ilícito de drogas a partir de los años sesenta, aunque existen también datos ciertos sobre su vinculación con el ocultamiento de beneficios obtenidos ilícitamente por funcionarios públicos corruptos».

² GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladina, *El delito de Lavado de Activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106*, 1ra ed., Lima: Actualidad Penal, 2014, p. 31.

³ PRADO SILDARRIAGA, Víctor, *El delito de lavado de dinero en el Perú*, En Línea: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_63.pdf], p. 7.

actitud crítica frente a esta forma de comprender el lavado de activos, llevó a que mediante el Decreto Ley 25428 (promulgado el 9 de abril de 1992) se volvieran a tipificar las conductas de lavado de activos, en el marco de los delitos de tráfico ilícito de drogas, mediante la incorporación de los artículos 296°-A y 296°-B en el Código Penal⁴.

DÉCIMO SEGUNDO: Así, el entonces incorporado artículo 296°-A del Código Penal, establecía: «El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de dieciocho años, y con ciento veinte a trescientos días-multa e inhabilitación, conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4. El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena». Mientras que, a su turno, el artículo 296°-B del Código Penal, señalaba: «El que interviene en el proceso de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su

⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2007, p. 480.

origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena de cadena perpetua. La misma pena de cadeno perpetua, se aplicará en los casos en que el agente esté vinculado con actividades terroristas, o siendo miembro del sistema bancario o financiero actúa a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero».

DÉCIMO TERCERO: A principios del nuevo milenio se observó, en los procesos contra distintos miembros del gobierno saliente, que los tipos de lavado de activos tenían una serie de vacíos que hacían necesaria una profunda reforma. En la referido al delito fuente, por ejemplo, se advirtió la falta de conexión de los bienes "lavados" con delitos de corrupción (en los procesos se aplicaban por ello los tipos de "encubrimiento real" o "receptación"). Por lo que, finalmente, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, promulgada el 26 de junio de 2002⁵.

DÉCIMO CUARTO: En el artículo 1° de la Ley N° 27765, se castigaban los actos de conversión y transferencia; en los siguientes términos: «El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuya origen ilícita conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa»; mientras que, en el artículo 2°, los actos de ocultamiento y tenencia; bajo el

⁵ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO (Coord.), *Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 60 y ss.

siguiente tenor: «El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa». Ahora bien, ¿cuáles debían ser los delitos fuente que den lugar a los activos de origen ilícito, en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765? El legislador de aquella época, incurriendo en una deficiente técnica legislativa, desmembró el delito fuente -elemento normativo del tipo objetiva del delito de Lavado de Activos- de su lugar originario y, lo reguló en un artículo independiente, esto es, en el artículo 6° de la Ley acotada; donde se señaló que: «El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194 del Código Penal».

DÉCIMO QUINTO: Esta misma deficiencia de técnica legislativa, en relación al delito fuente, se mantuvo en el Decreto Legislativo 986, vigente desde el 22 de julio de 2007; en cuyo artículo 6° se estableció que: «El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de

drogas; terrorismo; delitos contra la administración pública; secuestro; extorsión; praxenetismo; trata de personas; tráfico de inmigrantes; defraudación tributaria; contra el patrimonio en su modalidad agravada; delitos aduaneros, u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal». Como puede observarse, esta norma mantuvo la regulación del delito fuente en un artículo independiente; incorporando como nuevas delitas fuente, la trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, extorsión y delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada. Asimismo, estableció una fórmula o cláusula abierta al consignar como delitos fuente: «*u otros similares que generen ganancias ilegales*».

DÉCIMO SEXTO: A su turno, el vigente Decreto legislativo N° 1106, Decreto de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros Delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado; "consagró" la deficiente técnica legislativa de los anteriores normas. Es decir, continuó sin incluir el delito fuente -elemento normativo del tipo objetivo- en la misma disposición que tipifica la figura delictiva -esto es, en los artículos 1° [actos de conversión y transferencia], 2° [actos de ocultamiento y tenencia] y 3° [transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito]-; y mantuvo la técnica de regularlo en una disposición independiente; esto es, en el artículo 10°, donde se señalaba que: «El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales, como los delitos de minería ilegal, el tráfico

ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícita de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneras o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal».

§. El delito fuente como elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos

DÉCIMO SÉPTIMO: No obstante la deficiencia de técnica legislativa expuesta en los considerandos precedentes; una interpretación sistemática y teleológica de la ley vigente, permite concluir que el delito fuente sigue siendo un elemento normativo del tipo objetivo de los artículos 1°, 2° y 3°, del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249; y que cumple, además, una triple función dogmática; esto es: i) otorga contenido al objeto material del delito; ii) da sentido a la imputación subjetiva; y, iii) justifica la agravante de la pena.

DÉCIMO OCTAVO: Negar que el delito previo constituye elemento normativo del delito de Lavado de Activos; implicaría defender «una interpretación formal y asistemática de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106, sin ninguna vinculación con el art. 10, segundo párrafo (de dicha norma)»⁶. Con la referencia, en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, a un "origen ilícita" de los bienes (dinero, efectos, ganancias o títulos valores), el legislador simplemente quiso

⁶ MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 264.

«evitar el casuismo excesivo que supone incorporar, en cada uno de los referidos dispositivos legales, la referencia expresa de todos los posibles delitos fuente. Por lo que se ha precisado su contenido en la cláusula general prevista en el segundo párrafo del artículo 10»⁷. En este último artículo, precisamente, es la propia norma la que se encarga de señalar una lista ejemplificativa de delitos fuente.

DÉCIMO NOVENO: La primera función dogmática del delito previo, consiste, justamente, en dotar de contenido al objeto material del delito de Lavado de Activos. Así, los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo N° 1106, señalan que el dinero, bienes, efectos o ganancias, deben tener un origen ilícito; lo cual -a partir de consideraciones irrenunciables del carácter fragmentario del Derecho Penal, el principio de unidad del ordenamiento jurídico, y el principio de legalidad-, implica, necesariamente, que provengan de un delito fuente [no de una falta, ni de un ilícito civil o administrativo]⁸. Por el contrario, una interpretación meramente literal de los artículos 1º, 2º y 3º de la norma acotada, «trocera como necesaria consecuencia, que mediante la incriminación del lavado de activos se habría de reprimir actos de legitimación aparente efectuados sobre cualquier 'origen ilícito', lo cual es inaceptable y aflictivo del principio de legalidad»⁹.

⁷ *IBÍDEM*, p. 264.

⁸ Al respecto, véase, GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 576.

⁹ MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 264; en el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 576; para quien, si se sigue una interpretación literal, «habría que concluir que la conducta de lavado de activos podría recaer no sólo sobre activos de procedencia delictiva, sino también sobre

VIGÉSIMO: El delito fuente o delito previa es el que permite asignar la característica de ilicitud al objeto material del delito; el cual, precisamente, por esa razón se ha denominado 'lavado' de activos. Si no existiera un delito previo, no habría aún ningún injusto con los actos de conversión, ocultamiento, etcétera, de los bienes¹⁰. En este orden de ideas, el núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos y, en consecuencia, la estructura que se ha empleado y se emplea para su tipificación, siempre ha exigido un 'vínculo normativo' con el 'delito previo' que originó las bienes ilícitos¹¹. Ello explica que el delito de Lavado de Activos deba considerarse un *delito de conexión*; esto es, que exige un delito previo generador de los activos que constituyen su objeto material. En otras palabras: «La característica esencial del delito de lavado de activos viene a ser su conexión con el injusto anterior, puesto que, la punibilidad de la conducta de lavado

los originados por cualquier ilícito en general. En ese orden de ideas, la introducción al mercado legal de activos que provienen de una infracción civil, mercantil o administrativa, podría ser considerada igualmente un delito de lavado de activos. Lo mismo habría que decir si se procede a legitimar activos cuya fuente generadora es la comisión de una falta. Pese a la amplitud del tenor literal, la procedencia ilícita de los activos debe circunscribirse necesariamente a un delito previo, pues el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 establece que el origen ilícito de los activos se corresponde a "actividades criminales" con capacidad de generar ganancias ilegales. Por lo tanto, si bien la redacción de los tipos penales exige únicamente el origen ilícito de los activos, una interpretación sistemática con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, limitará el objeto material del delito a las ganancias que provienen de actividades criminales».

¹⁰ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de Lavado de Activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, p. 149.

¹¹ PARIANA ARANA, Raúl, «La ilusión de la 'Autonomía' del delito de lavado de activos. Después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249. ¿Se puede condenar a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?», en *Actualidad Legal*, Boletín N° 3, p. 1.

de activos se fundamenta en que el dinero, bien, efecto o ganancia fueron obtenidos mediante actos delictivos que el agente busca legalizar)¹².

VIGÉSIMO PRIMERO: La segunda función dogmática del delito previo, consiste en especificar el ámbito de la imputación subjetiva. Así, los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo N° 1106, hacen hincapié en que debe tratarse de bienes «cuyo origen ilícito conoce o debía presumir [el agente]»; texto, sin embargo, a todas luces innecesario; por cuanto, por regla general, el dolo del autor debe abarcar el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo [y el delito fuente lo es]. Es como si en el delito de hurto, o en el de robo, el legislador hubiese señalado expresamente en la descripción típica, que el agente debía conocer el carácter ajeno del bien mueble. En ese sentido, al tener el delito fuente la calidad de elemento normativo del tipo objetivo, el delito de Lavado de Activos no podrá imputarse al agente, si es que éste no conocía dicho elemento normativo. Sin embargo, y pese a la técnica legislativa empleada, el legislador no ha hecho más que resaltar que un aspecto esencial del injusto del Lavado de Activos, es la procedencia delictiva de los bienes; esto es, el delito fuente. Tan es así que, en el artículo 10º de la norma acotada, el legislador también especifica que: «El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas,

¹² HINOSTROZA PARIACHI, César, *El delito de Lavado de Activos. Delito Fuente*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 32.

el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, el tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso».

VIGÉSIMO SEGUNDO: Del mismo modo, la importancia del delito fuente en la imputación subjetiva del delito de Lavado de Activos, se constata también en la exigencia legal de que el agente actúe «con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso»; lo que no debe interpretarse como la finalidad psicológica de cada autor del delito; sino, más bien, como la proyección de una sucesión de hechos en una determinada dirección¹³. Esto es, en la práctica, esta intencionalidad debe apreciarse de la propia secuencia de los acontecimientos o de la proyección de la direccionalidad que se da a los hechos (una sucesión de hechos en determinada dirección)¹⁴. Tal es la importancia de la función que cumple el delito fuente, que la regulación penal del delito de Lavado de Activos, se ha hecho tipificando los actos de colocación dirigidos a ensombrecer el origen de los activos o ciertas

¹³ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 608.

¹⁴ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El delito de Lavado de Activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106*, 1ra ed., Lima: Actualidad Penal, 2014, p. 229.

conductas periféricas de preparación; pero siempre teniendo en cuenta la fase final de integración de capitales de origen delictivo en el sistema económico¹⁵. Se trata, en consecuencia, de un contexto objetivo que ordena la actuación concretamente realizada hacia un determinado fin -dificultar la identificación del origen ilícito de los bienes, así como evitar la incautación y decomiso de los mismos-¹⁶; y cuya verificación resulta necesaria para la configuración típica de las conductas de Lavado de Activos, previstas en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 1106.

VIGÉSIMO TERCERO: La tercera función dogmática que el legislador le asigna al delito fuente, es la de justificar la agravante de la pena. Así, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 4° del Decreto Legislativo 1106; el marco mínimo de la pena se incrementa hasta los veinticinco años, «cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas». Por lo que, para la imputación de dicha agravante al agente, deberá acreditarse que los bienes provienen de alguno de estos delitos fuente; y, asimismo, que el autor conoce la gravedad del delito previo del que proceden los activos; por lo que si se presenta un error respecto de esta última circunstancia; la agravante no podrá imputarse subjetivamente al agente; tal como lo dispone el artículo 14° del Código Penal.

¹⁵ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 608.

¹⁶ PÉREZ BEJARANO/MÁRQUEZ ROSALES, *El Ejercicio de la abogacía y sus riesgos respecto al delito de Lavado de Activos en el Perú*, 1ra ed., Lima: Márquez Editores, 2017, p. 104.

VIGÉSIMO CUARTO: Asimismo, de la legislación vigente, es posible extraer un argumento adicional, para afirmar que el delito fuente es un elemento normativo del tipo objetivo de Lavado de Activos. Así, el propio Decreto Legislativo 1106, en el último párrafo del artículo 10º, señala: «También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias». Se trata de la consagración expresa del denominado "Autolavado"; esto es, de la posibilidad de castigar como autor de Lavado de Activos, al mismo autor o partícipe del delito previo. Al respecto, con independencia de la legitimidad material de dicha figura legal¹⁷; lo cierto es que no podrá configurarse una conducta típica de "Autolavado", sin la existencia de un delito previo. En ese sentido, el delito previo es un elemento normativo del tipo objetivo, de configuración necesaria para la imputación del "Autolavado".

VIGÉSIMO QUINTO: El delito de Lavado de Activos se origina en la comisión de un delito fuente, es decir, procede o proviene de un ilícito penal cuyo objeto material genera ganancias ilegales¹⁸. En consecuencia, el delito fuente no solamente es un elemento normativo del tipo objetivo, del delito de Lavado de Activos; sino que

¹⁷ Sobre esta problemática, POLAINO ORTS, Miguel, «Normativización de los títulos de imputación en el Blanqueo de Capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de la Parte General», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, *Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho Comparado*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 271 y ss.

¹⁸ HINOSTROZA PARIACHI, César, *El delito de Lavado de Activos. Delito Fuente*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 32.

constituye, además, un aspecto esencial y gravitante del injusto material de dicho delito. Precisamente, en el fundamento §5.32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de las Solas Penales de la Corte Suprema, se estableció que: «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo el tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad». Doctrina jurisprudencial que se mantiene vigente; al resultar concordante con la legislación vigente, con la jurisprudencia y con los desarrollos de la dogmática jurídico-penal; conforme se ha expuesto anteriormente. En consecuencia, la Sala Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016, de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis, se apartó indebidamente de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; incurriéndose, con ello, en la causal de casación prevista en el inciso 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal.

§. ¿Autonomía del delito de Lavado de Activos?

VIGÉSIMO SEXTO: La Sala Penal Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016 (p. 15), sostuvo que el delito de Lavado de Activos es un delito autónomo, cuya acreditación no depende del refrendo de un delito previo; sino que «es suficiente con que existan indicios razonables que vinculen a los activos con la actividad criminal previo, como lo señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional, así como la jurisprudencia y acuerdos vinculantes de nuestra Corte Suprema». Si bien es cierto, un sector de la doctrina nacional entiende la autonomía del delito de Lavado de Activos, como una "autonomía absoluta"; sin embargo, es preciso determinar si tal posición,

defendida por la Sala Superior, es la recogida por el Decreto Legislativo 1106 y por la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N° 3-2010/CJ-116 y N° 7-2011/CJ-116.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Previamente, es importante precisar que el Decreto Legislativo 1106, fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1249, publicado en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 26 de noviembre de 2016. Así, esta última norma modificó el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, añadiendo el término "sanción"; esta es que: «El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena». Esta modificación legal, sin embargo, no resulta aplicable retroactivamente a los hechos materia de imputación del presente proceso; toda vez que, según la tesis del Ministerio Público, los actos de transferencia realizados por el procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB se realizaron en el periodo comprendido entre el mes de julio del 2013 a marzo de 2014; por lo que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 6° del Código Penal, corresponde aplicar la norma de lavado de activos vigente, antes de la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249.

VIGÉSIMO OCTAVO: Una vez aclarado lo anterior; cabe señalar que, en cuanto a la «autonomía»; el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 -en su texto vigente antes de la modificatoria efectuada por el

Decreto Legislativo N° 1249-, estableció que el delito de Lavado de Activos es autónomo en el sentido de que, «para su investigación o procesamiento, no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria»; con lo cual, es el propio texto de la norma el que deja en claro que la autonomía del delito de Lavado de Activos, es tan solo una *autonomía procesal*; esto es, para la investigación o procesamiento por delito de Lavado de Activos, no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria; empero -de acuerdo con una interpretación a *contrario sensu*-, para la condena por Lavado de Activos, la prueba del delito fuente sí será necesaria. En consecuencia, para desvirtuar la presunción de inocencia, la prueba del delito fuente deberá ser acreditada -ya sea mediante prueba directa o indiciaria; la que deberá ser debidamente motivada en la respectiva sentencia.

VIGÉSIMO NOVENO: Estas conclusiones encuentran pleno respaldo en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema al respecto. Así, en el fundamento §5. 35° del Acuerdo Plenario N° 03-2010, del 16 de febrero de 2010; se estableció como doctrina jurisprudencial que: «Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será

precisa la certeza respecto al origen ilícito». A partir de estos lineamientos, en un pronunciamiento reciente; la entonces Sala Penal Transitoria -hoy Primera Sala Penal Transitoria- de la Corte Suprema ha exigido: «(i) que tal situación [la actividad delictiva precedente] se acredite en sus aspectos sustanciales, que permitan delinear el carácter delictivo de la misma; y (ii) que la prueba de tal situación delictiva del activo maculado en cuestión, debe equipararse a los estándares racionales de la acreditación delictiva en general. No es de admitir, en atención a la garantía de presunción de inocencia, niveles distintos de patrones probatorias o estándares de prueba, entre los diversos elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, en especial del origen criminal o de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectas o ganancias»¹⁹. Con lo cual se ha definido, a partir de la jurisprudencia, una exigencia ineludible que pasa a integrar el estándar probatorio requerido para obtener certeza, respecto del origen ilícito de los bienes en el delito de Lavado de Activos²⁰.

TRIGÉSIMO: La línea jurisprudencial antes descrita, ha sido consolidada por esta Segunda Sala Penal Transitoria; al haberse señalado, en reciente pronunciamiento jurisprudencial que: «En el proceso penal por lavado de activos debe estar suficientemente probada la

¹⁹ Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 2868-2014/Lima (Sala Penal Transitoria), del 21 de diciembre de 2016, F.J. Décimo». Ponente: SAN MARTÍN CASTRO.

²⁰ En ese sentido, también en la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 3091-2013/Lima (Sala Penal Permanente), del 21 de abril de 2015, F.J. Cuarto». Ponente: PARIONA PASTRANA; se señaló que: «para poder hablar de un delito de lavado de activos ha de tenerse indicios de delitos cometidos previamente, los cuales hayan producido ganancias ilícitas que lavan».

realización del delito fuente, así como que los activos generados por este delito, son los que constituyen objeto del lavado de activos» [GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 596]. En ese sentido, para arribar a una condena por lavado de activos, bastará con acreditar los extremos indispensables que hagan a la materialidad del hecho previo -esto es, sus efectos lesivos y las circunstancias de tiempo y lugar-, a su dominabilidad por parte del autor y a su condición de evento originante de los bienes sometidos a maniobra del lavador [ORSI, Omar G., *Lavado de dinero de origen delictivo*, 1ra ed., Buenos Aires: Hamurabi, 2007, p. 623 y ss]. Por otra parte, en cuanto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa, también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo [CARO CORIA, Dino Carlos, «Sobre el tipo básico de lavado de activos». Disponible en línea: (http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/ainteres/doc06.pdf) p. 20]. No satisface el principio de imputación necesaria la vinculación con una actividad delictiva en general. (...) Al tratarse -el origen ilícito de los bienes- de un elemento constitutivo y necesario del tipo penal de Lavado de Activos, resulta menester que su estándar probatorio sea concordante con las garantías constitucionales y procedimentales, que tienen que ver con el Principio de Presunción de Inocencia, Derecho de Defensa e Imputación Necesaria. No se cumple con estas exigencias, si la prueba de este elemento normativo se agota en una referencia vaga y genérica a una "actividad criminal previa", sin

mayores especificaciones [HERRERA GUERRERO, Mercedes, «El delito de lavado de activos y la prueba de la procedencia delictiva de los bienes», en Revista *Ita Ius Esto*, Universidad de Piura, p. 7]. Por ello, la alegación de que 'únicamente se debe probar el origen ilícito de los bienes y no la actividad criminal previa que produjo dichos bienes', resulta ilógica y contradice flagrantemente el principio de legalidad y las garantías de la prueba [PARIONA ARANA, Raúl, «La ilusión de la 'Autonomía' del delito de lavado de activos. Después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249. ¿Se puede condenar a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?», en *Actualidad Legal*, Boletín N° 3, p. 2]; pues resulta materialmente imposible probar el "origen ilícito" de un bien, sin tener certeza de qué hecho delictivo concreto -idóneo para producir cierta cantidad de ganancias-provienen»²¹.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Con respecto a la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; en el fundamento §5.31 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; también se explica la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; al señalarse -en perfecta armonía con lo establecido en el primer párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106-, que «la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente, no puede supeditarse a la estricta aplicación de la reglas de la accesoriidad que puedan

²¹ Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 3036-2016/Lima (Primera Sala Penal Transitoria), del 10 de julio de 2017, Fs.Js. Décimo octavo y Décimo noveno». Ponente: HINOSTROZA PARIACHI.

condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado». En ese sentido -se agrega en el referido Acuerdo Plenario-, no es menester «que conste acreditada la comisión [del delito fuente] mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva». En consecuencia, de los fundamentos glosados de dicha Acuerdo Plenario; se evidencia que la Corte Suprema se refirió únicamente a la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; por cuanto una vinculación absoluta, esta es, la paralización del proceso por lavado de activos, hasta la acreditación definitiva del delito previo, llevaría a la impunidad práctica del delito de Lavado de Activos²². Es el propio Acuerdo Plenario *in comento*, el que deja en claro, en el punto §5.32, que: «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad».

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, incluso a partir del nuevo texto del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 -modificado por el Decreto Legislativo N° 1249-; es posible seguir manteniendo la autonomía únicamente procesal del delito de Lavado de Activos. Así, con la modificación del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, se buscó hacer compatible el texto de dicha norma, con lo previsto por el

²² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Evolución de la criminalización del Lavado de Activos en la doctrina práctica de Perú y Alemania», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, *Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho Comparado*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 74 y ss.

Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11; en cuyos puntos 9, 10 y 11, se desarrollan aquellos casos específicos donde puede configurarse delito de Lavado de Activos, antes de la realización del delito fuente [v.gr. Que el pago por la venta ilícita se haga antes de la entrega o pago por adelantado]; esto es, se trata de casos en los cuales podría haber ganancia ilícita antes de la ejecución del delito fuente. A estos casos, precisamente, es que se refiere la modificatoria del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249; a fin de hacer compatible el texto de la ley, con este tipo de casos específicos, ya contemplados con anterioridad por el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11.

TRIGÉSIMO TERCERO: En cuanto a la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; tanto el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, como el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11; guardan coherencia con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1106. Sin embargo, la Sala Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016, ya mencionado, también se apartó indebidamente de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; incurriendo, con ello, en la causal de casación prevista en el inciso 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal.

§. Vulneración del Principio de Legalidad -lex certa- mediante la utilización de la cláusula abierta «cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»

TRIGÉSIMO CUARTO: El principio de legalidad está reconocido en el artículo 2° inciso 24 literal d) de la Constitución Política, donde se establece que: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado

en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». Del mismo modo, se ha consagrado expresamente como un principio general del Derecho Penal -incluso del Derecho Sancionador-, previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, el cual textualmente señala que: «Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella». En este sentido, en la medida que el principio de legalidad se muestra como un requerimiento de la configuración de nuestra concreta sistema político-social, el Derecho Penal tendrá que asumirlo en sus mecanismos de imputación²³.

TRIGÉSIMO QUINTO: El Tribunal Constitucional, ha sostenido que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos, así como la delimitación previa y clara de las conductas prohibidas; y, como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)²⁴. La exigencia de *ley previa -lex praevia-* impide que las leyes penales puedan aplicarse retroactivamente, para castigar como delito una conducta anterior a la entrada en vigencia de la ley penal o para imponer una pena no prevista en dicha ley, con anterioridad a la realización del delito; con excepción de la

²³ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 2da ed., Lima: Jurista, 2012, p. 141.

²⁴ STC dictada en el Exp. 0010-2002-AI/TC, F.J., §8.1.

retroactividad benigna. Por su parte, la llamada *reserva de ley -lex scripta-*, establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer penas; mientras que el *mandato de certeza o determinación -lex certa-* impone al legislador, el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable. Por último, el principio de legalidad -en su vertiente de *lex stricta-*, impide que el juzgador recurra a la analogía *in malam partem*, para sancionar una conducta; tal como lo dispone el artículo 139° inciso 9 de la Constitución Política y el artículo III del Título Preliminar del Código Penal.

TRIGÉSIMO SEXTO: El contenido del principio de legalidad, incluye la exigencia de *lex certa*, como complemento de la prohibición de analogía, generalización o extensión, por cuanto *excluye el carácter difuso de los enunciadas o términos usados por el legislador en materia penal*²⁵. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «la ambigüedad en la formulación de los tipos penales, genera dudas y abre campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad»²⁶. En ese sentido, la exigencia de *lex certa* o mandato de

²⁵ YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 456.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Baena, Ricardo y otros", párrafos 108 y 115; "Cantoral Benavides", parágrafo 157, y "Castillo Petruzzy y otros", parágrafo 121.

determinación; «se ordena a evitar la absoluta discrecionalidad judicial, permitir que la comprobación de los elementos constitutivos del tipo progrese dentro de un control razonable, (...) reclamar del legislador el mayor grado posible de precisión según la materia a regular y favorecer la motivación de los ciudadanos con la consiguiente fidelidad al derecho»²⁷. Mediante la utilización de la fórmula legal «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales» -propia de una técnica legislativa que no tiene sustento alguno-, prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, se ha vulnerado, precisamente, la exigencia de *lex certa*, derivada del Principio de Legalidad Penal. La utilización de una fórmula legal tan ambigua como «cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»; impide que el destinatario de la norma de lavado de activos, pueda saber con certeza qué conductas busca reprimir, realmente, el legislador; esto es, qué delitos pueden considerarse como delitos fuente de lavado de activos.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: El Decreto Legislativo N° 1106, no solamente arrastró la misma deficiencia de técnica legislativa que presentaron, tanto la Ley 27765, como el Decreto Legislativo 986, respecto del desmembramiento del delito fuente; sino que, en el mismo artículo 10° del acotado Decreto legislativo N° 1106, mediante una infeliz redacción, se incrementó aún más la indeterminación de la norma; al sustituir la frase «u otros similares que generen ganancias ilegales» - que contemplaba la Ley 27765 y el Decreto Legislativo 986°-, por «o

²⁷ YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 457.

cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales». Si bien, por un lado, la nueva redacción haría ahora indubitable que el elemento "ganancia económica" sería una cualidad genérica del delito previo ["capaz de generar ganancias"] y no al caso concreto; sin embargo, se ha eliminado, al mismo tiempo, el criterio de lo similar con respecto a los delitos nominados²⁸.

TRIGÉSIMO OCTAVO: La anterior exigencia -contemplada en la Ley 27765 y en el Decreto Legislativo 986- de una «similitud» con los delitos expresamente mencionados, «permitía concluir que no cualquier delito podía ser considerado un delito previo, sino solamente aquellos que eran similares, en cuanto a la gravedad con los delitos expresamente mencionados. Esta conclusión se correspondía además, con lo establecido en el punto 30 del Acuerdo Plenario N° 03-2010, en el sentido de que, por delitos similares, debía entenderse a los que estaban sancionados con penas privativas de libertad significativas y habían sido realizados tendencialmente en delincuencia organizada»²⁹. El Decreto Legislativo 1106 ha eliminado la referencia a lo «similitud» y solamente exige que los otros delitos fuente -además del *numerus clausus*- sean capaces de generar ganancias ilegales, lo cual parece abrir desmesuradamente la cantidad de delitos previos³⁰. En ese sentido, «lo único que queda

²⁸ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de Lavado de Activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, p. 140.

²⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, «Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de Activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento», en ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/MAYHUA QUISPE, *Imputación y Sistema Penal*, Lima: Ara Editores, 2012, p. 421 y ss.

³⁰ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de Lavado de Activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, p. 140.

claro es que [ese 'cualquier otro'] debe tratarse de un delito (no de cualquier ilícito y ni tan siquiera de una falta). Pero sobre la entidad del delito no se exige nada, por lo que cualquier figura delictiva que genera ganancias podría ser considerada un delito previo en los términos de la Ley contra el lavado de activos»³¹.

TRIGÉSIMO NOVENO: Nada le impedía al legislador, haber utilizado una fórmula legal más respetuosa de la exigencia de *lex certa*; v.gr. «y todos los demás delitos dolosos contemplados en el Código Penal y leyes penales especiales»; o, «y todos los demás delitos dolosos previstos en el Código Penal y leyes penales especiales, que contemplen una pena privativa de libertad superior a los seis (o cuatro) años», etcétera; con lo cual, cuando menos, el destinatario de la norma hubiese tenido certeza del contenido de la prohibición del delito de lavado de activos. No obstante, cabe advertir que, si el legislador hubiese querido excluir como delito fuente del delito de Lavado de Activos, únicamente, al delito de receptación; entonces, fácilmente hubiese utilizado una fórmula como «y todos los demás delitos previstos en el Código Penal y leyes penales especiales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código acotado». Al no haberse empleado esta última fórmula, queda claro que el delito de receptación, previsto en el artículo 194° del Código Penal, no es el único delito excluido del catálogo de delitos fuente del delito de Lavado de Activos; puesto que, como acabamos de

³¹ GARCÍA CAVERO, Percy, «Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de Activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento», en ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/MAYHUA QUISPE, *Imputación y Sistema Penal*, Lima: Ara Editores, 2012, p. 422.

señalar, a partir del propio tenor literal de la ley se descarta dicha posibilidad.

CUADRAGÉSIMO: Incluso, es pertinente precisar que, cuando el legislador, en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, utiliza la expresión «con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal»; ello se obedece a un desacierto legislativo que tiene una explicación histórica. Esto es, desde que se cambió al modelo de ley especial (es decir, la regulación del lavado de activos fuera del Código Penal), todas las leyes posteriores, de forma mecánica, solamente exceptuaron expresamente, de los delitos previos, el artículo 194° del Código Penal³²; pero ello se debió a que fue la única forma de Receptación que conocía el legislador de 1992. Hasta la actualidad, el legislador no ha tomado noticia de que, entretanto, existen otros tipos de receptación: la distribución ilícita de señales de satélite codificadas (artículo 194°-A), y las formas agravadas de receptación (artículo 195°), aplicable en caso de que la "receptación" se tratara de "bienes provenientes de la comisión de delitos de secuestro, extorsión y trata de personas³³.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En consecuencia, en nuestra legislación vigente, no cualquier delito puede constituir delito fuente del delito de Lavado de Activos. Ahora bien, ¿cuáles son esos "otros delitos" que tampoco constituyen delito fuente de Lavado de Activos? El legislador no dice nada al respecto; por lo que la vulneración a la *lex certa*, que

³² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de Lavado de Activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, p. 224 y ss.

³³ IBÍDEM, p. 224.

se hace con el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, es manifiesto; resultando indispensable identificar criterios para una interpretación de la norma acorde con lo exigencia de *lex certa*, como componente del principio constitucional de legalidad penal sustancial.

§. El delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, ¿Se subsume dentro de la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»?; y, por tanto, ¿constituye delito fuente o delito previo del delito de Lavado de Activos?

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Tal y conforme se precisó en el considerando octavo de la presente Sentencia de Casación; en el presente caso, se declaró bien concedido el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 3 [indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley penal] y 5 [apartamiento de la doctrina jurisprudencial] del artículo 429° del Código Procesal Penal. Esta última causal ya fue objeto de pronunciamiento de fondo, en los considerandos vigésimo quinto y trigésimo tercero; por lo que corresponde, ahora, determinar si la Sala Superior ha incurrido también en la causal de indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley Penal; esto es, del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: En el caso de autos, el Ministerio Público, al Formalizador Investigación Preparatoria contra JADER HARB RIZGALLAH GARIB; considerará que el delito contra el patrimonio, en la modalidad de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, sí constituye delito fuente del delito de Lavado de Activos; criterio que fue compartido

por la Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Contrariamente a ello, la defensa técnica del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; postuló, como argumentos centrales de su recurso de Casación bien concedido, que considerar el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, como delito fuente del delito de Lavado de Activas; implica una errónea interpretación e indebida aplicación de la Ley Penal -esto es, del artículo 10° del Decreto legislativo N° 1106-; y, además, un claro apartamiento de la doctrina jurisprudencial. Al respecto, habiendo ya constatado la existencia de un apartamiento de la doctrina jurisprudencial; queda por determinar si en el Auto de Vista recurrido, la Sala Superior ha incurrido en una errónea interpretación y/o indebida aplicación del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Si bien, el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, se refiere al delito previo como una "actividad criminal" y menciona expresamente delitos especialmente graves; sin embargo, al final utiliza una cláusula general que permite abarcar cualquier figura delictiva al consignar: «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales». Con esta nueva redacción del dispositivo legal, lo único que queda claro es que debe tratarse de un delito (no de cualquier ilícito y ni tan siquiera de una falta); pero sobre la entidad del delito no se exige nada, por lo que -de acuerdo con una interpretación meramente literal- cualquier figura que genere ganancias, podría ser considerada un delito previo en los términos de

la Ley contra el lavado de activos³⁴; incluyendo el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: En nuestro sistema penal, no se asume un sistema de catálogo cerrado, ni se establece expresamente un criterio de gravedad de los delitos previos del delito de Lavado de Activos; sino que se hace una enumeración ejemplificativa de aquellos, cuyas ganancias pueden ser objeto del delito de lavado de activos³⁵. Al respecto, mientras un catálogo cerrado favorecería de manera absoluta la determinación de la medida de lo típicamente relevante, la utilización de una cláusula abierta como «u otras con capacidad de generar ganancias», implica no solamente dejar abierto un campo de ponderación casuístico o circunstancial; sino también derivar a la función judicial la concreción del significado de dicha expresión y de su contenido valorativo; con el peligro de que el Juez pueda manejarse con criterios meramente subjetivos, de apreciación individual, espontánea y carente de fundamento; esta es, arbitrario.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En consecuencia, una interpretación meramente literal de la frase «o cualquier otro con copocidad de generar ganancias»; resulta insuficiente para determinar si, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1106, el delito de Fraude en la Administración de las Personas Jurídicas, puede constituir delito fuente del delito de Lavado de Activos. En ese sentido, es importante anotar que: «Un punto especialmente compleja dentro de las decisiones de política criminal tomadas en nuestro tiempo, es el relativo a los

³⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 578.

³⁵ IBIDEM, p. 577.

enunciados típicos que asumen la noción de *lucha*, ya sea contra el terrorismo, la criminalidad organizada o los crímenes transnacionales. El adelantamiento de la punición y la formulación de conceptos normativos se plantean como un gran desafío»³⁶. Por lo que, ante la oscuridad manifiesta del legislador; corresponde observar lo dispuesto por el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución Política, donde se establece que: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...). El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: El criterio esencial para la interpretación de la ley penal, se encuentra en la determinación del fin de la regulación (*telos*). De otra forma, no sería posible justificar una decisión judicial, más allá de la sola subjetividad del juez. Cada ley tiene un fin de regulación independiente de la voluntad del juez, encargado de utilizarla para la solución de un caso concreto, de manera que la plausibilidad de la interpretación depende de la correcta determinación del fin de regulación de la ley³⁷. Ante situaciones donde la legislación penal -como es el caso de la lucha contra el Crimen Organizado- no puede renunciar a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y, por ello, necesitados de concreción, se verifica la concurrencia de las dos instancias implicadas en el desarrollo de la norma. Así, el legislador y la

³⁶ YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 466.

³⁷ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 2da ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 286.



jurisprudencia actúan a través de una colaboración en la que se reparten el trabajo y determinan lo que es punible. En tal caso, la indeterminación de una ley no se puede juzgar en general, solamente teniendo en cuenta su texto, sino, de manera adecuada, integrando las posibilidades de interpretación judicial de tal ley³⁸. Sobre la base de estas premisas corresponde, en consecuencia, determinar si el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, se encuentra o no dentro del alcance de la cláusula abierta: «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»; contenida en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Al respecto, si revisamos el contexto del Derecho Internacional Público, la conveniencia de establecer un criterio de restricción -respecto a los delitos que pueden constituir delito fuente del Lavado de Activos-, es resaltada en diversos instrumentos internacionales; como sucede con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 (llamada Convención de Palermo), en donde se establece el compromiso de los Estados de tipificar los actos de lavado en relación con bienes que procedan de delitos graves.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: En esa misma línea, si atendemos al Derecho Comparado; en diversos ordenamientos legislativos de otros países, se hace una restricción de los delitos previos por medio de una

³⁸ Cfr. YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 462.

lista taxativa o un criterio general de gravedad (el criterio del umbral)³⁹. El criterio de la lista taxativa, es utilizado en países como Chile, Colombia y Uruguay⁴⁰, y hasta hace poco fue asumido también por la normativa penal brasilera. El criterio del umbral, por su parte, fue seguido por la regulación española hasta hace algunos años⁴¹. Pero, en todo caso, lo que queda claro es que no todos los delitos pueden constituir delito fuente del Delito de Lavado de Activos; sino solo aquellos que presentan cierta entidad; esto es, solamente los delitos graves; no siendo el caso del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, por cuanto no reviste gravedad.

QUINCUAGÉSIMO: Por otra parte, de acuerdo con una interpretación histórica del delito de Lavado de Activos; es importante resaltar que en la ley penal contra el lavado de activos anterior (Ley N° 27765), el artículo 6° hacía una enumeración de la clase de delitos previos que podían dar lugar a un delito de lavado de activos (tráfico ilícito de drogas, delitos contra la Administración Pública, secuestro, etc.), pero había la posibilidad de considerar también a otros delitos "similares"⁴². La exigencia de una "similitud" con los delitos expresamente mencionados, permitía concluir que, no cualquier delito podía ser considerado un delito previo, sino solamente aquellos que eran

³⁹ IBÍDEM, p. 576.

⁴⁰ HINOSTROZA PARIACHI, César, *El delito de Lavado de Activos. Delito Fuente*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 186 y ss.

⁴¹ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 577.

⁴² GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 577.

similares en cuanto a la gravedad con los delitos expresamente mencionados⁴³. Esta conclusión se correspondía, además, con lo establecido en el fundamento §5.30 del Acuerdo Plenario N° 3-2010, donde -a partir de una interpretación sistemática y teleológica-, se concluyó que, por delitos "similares", debía entenderse a los que estaban sancionados con penas privativas de libertad significativas y habían sido realizados tendencialmente en delincuencia organizada.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Asimismo, es el propio legislador quien ha denominado al Decreto Legislativo N° 1106, como «Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería ilegal y Crimen Organizado». Por lo que, las disposiciones legales contempladas en dicha norma, deben interpretarse en función, principalmente, de la represión de conductas relacionadas directamente con el Crimen Organizado; lo que implica, necesariamente, la referencia a delitos que revisten considerable gravedad. Precisamente, los delitos fuente incluidos en la lista del segundo párrafo del artículo 10° de la norma acotada; son delitos en los que claramente se identifica, la producción causal de un resultado económico surgido a partir de un acto delictuoso; constituyen, además, delitos de especial gravedad [minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, y los delitos aduaneros].

⁴³ IBÍDEM, p. 577.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, aunque la cláusula abierta del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, solo pone el acento en la capacidad del delito previo de "generar ganancias ilegales"; sin embargo, una interpretación histórica, de *ratio legis*, sistemática y teleológica; de la referida norma; hace exigible que solamente puedan constituir delitos fuente - subsumibles en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»-, ciertos delitos graves, que tengan capacidad para generar ganancias ilegales; cuya determinación requerirá de una motivación cualificada por parte del operador jurídico, dada la significativa indeterminación de la cláusula abierta en mención.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: El delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, previsto en el artículo 198° del Código Penal, no constituye delito fuente del delito Lavado de Activos; al no revestir *gravedad*; lo cual se evidencia en cuatro planos: i) en el plano *sustantivo*; la penalidad conminada es escasa [no menor de uno ni mayor de cuatro años], lo cual implica que el legislador no pretende asegurar la imposición de una pena privativa de libertad efectiva; ii) en el *plano procesal*; en materia cautelar, se trata de un delito que nunca motivaría un requerimiento de prisión preventiva; ya que no cumple con el requisito de *prognosis* de pena; y ello por más peligro procesal que hubiere; iii) en el *plano procesal*; se enmarca dentro del grupo de delitos que, por lo general, se van a resolver en sede de negociación procesal; iv) en el *plano criminológico*; se agrupa dentro

de los delitos con poca incidencia judicial; esta es, que son resueltos, por lo general, en sede extrajudicial.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Si bien, desde un plano abstracto, la comisión del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, podría generar ganancias económicas a su autor; ello también podría predicarse, siempre abstractamente, de cualquier otro delito; por lo que es necesaria la concurrencia del requisito de gravedad del delito fuente; conforme a las criterios establecidos en el considerando precedente.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: De otro lado, siendo el delito fuente un elemento normativo del tipo objetivo de Lavado de Activos; la imputación debe comprender, mínimamente, el hecho o suceso fáctica que generó las ganancias ilegales; el lugar, tiempo y espacio en que ocurrió; todo ello, para garantizar el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa del imputado. Si solo se hace referencia al *nomen iuris* del delito fuente, sin precisar ningún dato adicional; entonces, no habrá delito fuente; y, en consecuencia, faltará un elemento normativo del tipo objetivo, deviniendo la conducta imputada en atípica. En el caso de autos, la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de Arequipa, al formalizar Investigación Preparatoria contra el investigado recurrente, solo hizo referencia al *nomen iuris* del delito fuente (Fraude en la Administración de Personas Jurídicas); sin precisar ningún otro dato adicional; a pesar que a dicha investigado se le atribuye un presunto "Autolavado". En consecuencia, el hecho que se le imputa resulta atípica.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Al respecto, este Supremo Tribunal, considera que para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales» -prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico, ocurrido en un tiempo y lugar determinado; mencionando a su presunto autor o partícipe. ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) la gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada. De esta forma se evitará la vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de *lex certa*.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: La indebida aplicación y la errónea interpretación de la Ley Penal, son formas de infracción de la ley material; previstas como causales de casación en el inciso 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal. «La indebida aplicación supone que se han subsumido los hechos, que se han estimado probados, dentro del ámbito de una norma inaplicable (...), el error recae en la norma aplicable que se escogió»⁴⁴. De otro lado, existe errónea interpretación cuando «el juez da a la norma correctamente elegida un sentido equivocado, haciéndole producir consecuencias que no resultan de su contenido (...). En otras palabras, las procesas

⁴⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, 1ra ed., Lima: INPECCP, 2015, p. 738.

de selección y adecuación que se aplica al caso son correctos, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna distintos o contrarios a su contenido»⁴⁵.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: En el caso de autos, la Sala Superior utilizó la norma aplicable al caso -esto es, el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-; pero la interpretó erróneamente; al sostener que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, podía subsumirse en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias»; con lo cual, incurrió en la causal de errónea interpretación de la Ley Penal. En efecto, dicho Colegiado Superior consideró que el delito de Fraude en la administración de personas jurídicas, constituye delito fuente de lavado de activos, por estar comprendido dentro de la cláusula abierta tan mencionada; sin embargo, no nos dio razones ni utilizó algún método de interpretación de dicha disposición. La interpretación correcta de la referida cláusula, a criterio de este Supremo Tribunal, es que solo constituirá delito fuente del delito de lavado activos- además del listado del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106- aquél que reviste gravedad, en función a la pena conminada; y, tiene capacidad para generar ganancias ilegales. A esta conclusión se arriba en base a una interpretación histórica, sistemática y teleológica de la referida disposición legal. En consecuencia, debe declararse fundado el recurso de casación, también por la causal de errónea interpretación de la Ley Penal.

⁴⁵ IBÍDEM, p. 738.

§. LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Conforme a los criterios desarrollados por la Corte Suprema, en la Casación N° 407-2015/Tacna: «la excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances, conforme lo establece el artículo 6, apartada 1, literal b, del Nuevo Código Procesal Penal: 1. El hecho no constituye delito. 2. El hecho no es justificable penalmente. El primer punta abarca la antijuridicidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuridicidad. El segundo se ubica en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria -son circunstancias que guardan relación con el hecho a que excluyen o suprimen la necesidad de pena- [SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR EUGENIO. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Lima: INPECCP, 2015, página 284]»⁴⁶.

SEXAGÉSIMO: En el presente caso, por el propio planteamiento de la defensa técnica; no corresponde analizar si el hecho no es justificable penalmente, sino si los hechos atribuidos al procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, constituyen o no delito. En ese sentido, procesalmente debe determinarse, en el caso de esta excepción, si se presenta una cuestión de derecho penal material, que niega la adecuación típica del hecho imputado, o si se alega, desde esa misma perspectiva, un elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuridicidad penal de la conducta atribuida.

⁴⁶ Sala Penal Transitoria [hoy Primera Sala Penal Transitoria]; Casación N° 407-2015/Tacna, del 07 de julio del 2016; F.J. Cuarto. (Ponente: San Martín Castra)

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Ahora bien, para deducir una excepción de improcedencia de acción, se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el *juicio de subsunción normativa* del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad -tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad-⁴⁷. [Recuso de Nulidad número seiscientos veintiocho guian dos mil trece diagonal Cusco, de cuatro de octubre de dos mil trece].

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, siendo el delito previo a precedente, un elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos; y estando a que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, postulado por el Fiscal como delito fuente, no se encuentra dentro de los alcances de la cláusula abierta «*cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales*»; contenida en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106; entonces, la conducta imputada al investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB es atípica, por atipicidad relativa; es decir, no se adecúa a ninguna de las conductas típicas previstas en los artículos 1°, 2° y 3° de dicho Decreto Legislativo, concordante con el

⁴⁷ Véase, Sala Penal Transitoria [hoy Primera Sala Penal Transitoria]; Casación N° 407-2015/Tacna, del 07 de julio del 2016; F.J. Quinto. (Ponente: San Martín Castro)

artículo 10° ya acotado; por lo que de seguir la Investigación Preparatoria abierta contra dicho investigado, la finalidad de la misma sería reprimir simples actos de transferencia de dinero a través del sistema bancario, en clara transgresión del principio de legalidad penal. En consecuencia, la Excepción de Imprudencia de Acción, deviene en fundada; por cuanto las hechas investigados por la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de Arequipa, son atípicos; es decir, no constituyen delito. Siendo de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 6° del Código Procesal Penal que señala: «Si se declara fundada cualquiera de las excepciones previstas en los cuatro últimos literales, el proceso será sobreseído definitivamente».

SEXAGÉSIMO TERCERO: Dada la naturaleza del asunto objeto de decisión, este Supremo Tribunal dispone que los fundamentos décimo séptimo, quincuagésimo segundo y quincuagésimo sexto, constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para los órganos jurisdiccionales penales, diferentes a la propia Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, por las causales previstas en los incisos 3 y 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal (errónea interpretación de la ley penal y apartamiento de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema).

II. **SIN REENVÍO, CASARON** el Auto de Vista N° 259-2016, de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis -obrante a folios tres del cuadernillo supremo-; emitido por la Segunda Sala Penal de apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; que, declarando infundado el recurso de apelación, confirmó la Resolución N° 04-2016, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; y, **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA; REVOCARON** la resolución del Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; y, reformándala, **DECLARARON**, fundada la excepción de improcedencia de acción, deducida por la defensa técnica de JADER HARB RIZQALLAH GARIB, en la Investigación Preparatoria que se le sigue por el Delito de Lavado de Activos en agravio del Estado. III. **ORDENARON**, de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 6° del Código Procesal Penal; dar por fenecida la presente Investigación Preparatoria seguida contra el investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; por el delito de Lavado de Activos, en agravio del Estado; sobreseyéndose definitivamente la misma. IV. **ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial, de carácter vinculante**; los fundamentos jurídicos: décimo séptimo; quincuagésimo segundo; y quincuagésima sexto de la presente sentencia casatoria; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, incisa 3°, del Código Procesal Penal. V. **DISPUSIERON** dar lectura a la presente

sentencia casatoria en audiencia pública y, se publique en el Diario Oficial "El Peruano"; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; interviniendo el Señor Juez Supremo Aldo Figueroa Navarro, por licencia de la señora Juez Supremo Pacheco Huancas.

S.S.

HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGAS


CHÁVEZ MELLA

CHP/caps



JURISTA
EDITORES

SE PUBLICO CONFORME A LEY



Dra. Cynthia Bazán Cachata
Secretaria (e)
Segunda Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA