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 1°, 2° y 3° 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 10° 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 10° 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 par 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 apelacianes, 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 Legislotivo 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 octividades

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 finonciera) 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 montenía 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 impracedencia

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 emitiá 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 dispusa la continuación del proceso conforme a su estado.

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

CUARTO: Contro la Resolución N° 04-2016, el procesodo JADER HARB RIZQALLAH GARIB, interpuso recurso de apelación –folias setenta y seis-; el mismo que fue concedido mediante resolución de folias noventa y cinco, elevándose los actuados al Superiar 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 inicia 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 par 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 Superiar 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 abjeto 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 fecho 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; sina que es suficiente can 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 conacimiento del origen ilícito que tiene a que debía presumir el agente, comprende na solamente a los delitos que cantempla el Decreta Legislativo N° 1106; sino también, a cualquier otra delita can capacidad de generar ganancias ilegales; entre las que na se descarta el delito propuesto por el Ministerio Públiica, esta es, el delita de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas. En consecuencia, con el Decreto Legislativo N° 1106, na se puede considerar como actividad criminal previa solamente a las 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 cuanta, en dicha vía incidental, no puede llevarse a cabo la valoración de elementas de canvicción.

§. 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 "mativación de las resolucianes 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, salicita que, al amparo de lo dispuesta en el artículo 433.3 del Código Procesal Penal, este Suprema Tribunal estabiezca camo doctrina jurisprudencial vinculante, los siguientes tópicos: i) el delito precedente es un elemento del tipo penal de lavado de activas; ii) la gravedad es una de las características del delito precedente; iii) el delita de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas no constituye un delito precedente del delito de Lavada de Activos; y, iv) los delitas precedentes de la receptación patrimanial no son delitos precedentes del delita 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 inadmisible 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 causo 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 431°, 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 drogas[1]. 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 Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por las Naciones Unidos en diciembre del año 1988, en la ciudad de Viena - la misma que fuera ratificada por nuestro Congreso de la Repúblico 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 delita; esto es, se tenía como única conducta previa o generadora del activo ilícito, al delito de tráfico ilícito de drogas[2]. 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 Legislativa 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 tráfica 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 narcotráfico[3].

DÉCIMO PRIMERO: No obstante, por razones de carácter político, el Congreso de lo Repúblico decidió no ratificar dicho Decreto Legislativo 736 y reemplozarlo, más bien, por una ley que asimilaba el lavada 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 SALDARRIAGA, 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 Penal[4].

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 tipas 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" can delitos de corrupción (en los procesos se aplicaban por ello los tipos de "encubrimienta real" o "receptoción"). Por lo que, finalmente, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, promulgada ei 26 de junio de 2002[5].

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, can la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de acho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa»; mientras que, en el artícula 2°, los actos de ocultamiento y tenencia; bajo el

[5] ABANTO 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 oños y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa». Ahora bien, ¿cuáles debían ser los delitas 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 contro 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; terrorisma; delitos contra la administración pública; secuestro; extorsián; 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 narma mantuvo la regulación del delito fuente en un artículo independiente; incorparando cama nuevas delitas fuente, la trata de personos, 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 relacionodos 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 artículas 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 arigen ilícito]-; y mantuvo la técnica de regularlo en una disposición independiente; esto es, en el artículo 10°, donde se señala 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]. Can la referencia, en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreta 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 propio 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 1°, 2° y 3° 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 1°, 2° y 3° de la norma acotada, «troería 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 procedencio 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 bienes[10]. 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 ilícitos[11]. 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 abjeta material. En otras palabras: «La característica esencial del delita de lavada de activos viene a ser su conexión con el injusta 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 administrotiva, podría ser considerada igualmente un delito de lavado de activas. Lo mismo habría que decir si se procede a legitimar activos cuya fuente generadora es la camisión de una falta. Pese a la amplitud del tenor literal, la procedencia ilícita de las activos debe circunscribirse necesariamente a un delito previo, pues el artículo 10 del Decreto Legislativa 1106 establece que el origen ilícito de los activos se carresponde a "actividades criminales" con capacidad de generar ganancias ilegales. Por lo tanto, si bien la redacción de las 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 delita 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] 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. 1.

de activos se fundomenta 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 1°, 2° y 3° 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 10° 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 dirección[13]. Esto es, en la práctica, esta intencionalidad debe apreciarse de la prapia secuencia de los acontecimientos o de la proyección de la direccionalidad que se da a los hechos (una sucesión de hechos en determinoda 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 económico[15]. 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 condcutas 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 olguno 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 pasible 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 10°, 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 legal[17]; 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 ilegales[18]. 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 ospecto 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 Lovado 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 señalo 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 sancián no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sametidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente abjeta de prueba o condena». Esta modificación legal, sin embarga, no resulta aplicable retroactivamente a los hechos materia de imputación del presente proceso; tada vez que, según la tesis del Ministerio Público, los actos de transferencia realizados por el pracesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB se realizaron en el periodo comprendido entre el mes de julia 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 Legislativa N° 1249.

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

Decreto Legislotivo N° 1249-, estoblecío que el delito de Lavado de Activos es *autónomo* en el sentido de que, «para su investigación o procesamiento, no es necesorio que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hoyan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judiciol o hoyan 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 par delito de Lavado de Activas, 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 Carte 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 aspectas 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 las 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 Lavada de Activos[20].

TRIGÉSIMO: La línea jurisprudencial antes descrita, ha sido consolidada par esta Segunda Sala Penal Transitoria; al haberse señalado, en reciente pronunciamiento jurisprudencial que: «En el proceso penal por lavado de activas 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 previomente, 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 estóndar probatorio sea concordante con las garantíos 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 accesoriedad 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 las fundamentos glosados de dicha Acuerdo Plenario; se evidencia que la Corte Suprema se refiriá únicamente a la autonomía pracesal 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 delita de Lavado de Activos[22]. 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 -coma 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 Legislativa N° 1106 -modificado por el Decreto Legislativo N° 1249-; es pasible seguir manteniendo la autanomía 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; tonto el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, cama el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11; guardan coherencia con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1106. Sin embargo, la Sala Superiar, 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 incisa 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 par un acto no previsto camo delito o falta par la ley vigente al momento de su comisián, 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 requerimienta de la configuración de nuestra cancreta sistema político-social, el Derecho Penal tendrá que asumirlo en sus mecanismos de imputación[23].

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", parágrafos 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 ecanómica" serío una cualidad genérica del delito previo ["capaz de generor ganancias"] y no al caso concreto; sin embargo, se ha eliminado, al mismo tiempo, el criterio de lo similitud con respecto a los delitos nominados[28].

TRIGÉSIMO OCTAVO: La anterior exigencia -contemplada en lo 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 ganancios ilegales, lo cual parece abrir desmesuradamente la cantidad de delitos previos[30]. En ese sentido, «lo único que quedo

---

[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 Cádigo Penal), todas las leyes posteriores, de forma mecánica, solamente exceptuaron expresamente, de los delitos previos, el artícula 194° del Cádigo Penal[32]; pero ello se debió a que fue la única forma de Receptación que conociá 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 (artícula 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, extorsián y trata de persanas[33].

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En consecuencia, en nuestra legislación vigente, no cualquier delito puede canstituir delito fuente del delito de Lavado de Activos. Ahora bien, ¿cuáles son esos "otros delitos" que tampoca canstituyen delito fuente de Lavado de Activos? El legislador no dice nada al respecto; por lo que la vulneracián 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 la 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 Formalizar Investigación Preparatoria contra JADER HARB RIZQALLAH GARIB; consideró 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 delita 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 activos[34]; 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 activos[35]. Al respecto, mientras un catálogo cerrado favarecería de manera absoluta la determinación de la medida de lo tipicamente relevante, la utilización de una cláusula abierta como «*u otras con capacidad de generar ganancias*», implica no salamente dejar abierto un campo de panderación casuístico o circunstancial; sino también derivar a la funcián 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 oprecioción 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 Decreta 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] IBÍDEM, 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 ley[37]. 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 indeterminodos y, por ello, necesitados de concreción, se verifica la concurrencia de las dos instancias implicadas en el desarrallo de la norma. Así, el legislodor 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 judiciol de tal ley[38]. 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 Uruguay[40], y hasta hace poco fue asumido también por la normativa penal brasilera. El criterio del umbral, por su parte, fue seguido por la reguloción española hasta hace algunos años[41]. 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 lovado 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 mencionados[43]. 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 concluyá que, por delitos "similares", debía entenderse a los que estaban sancionados can 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 relacionas directamente con el Crimen Organizado; lo que implica, necesariamente, la referencia a delitas 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 idenifica, la producción causal de un resultado ecanámico surgido a partir de un acto delictuoso; constituyen, además, delitos de especial gravedad [minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administracián pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfica 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 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 enmorca 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 autar; 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 criterias establecidos en el considerando precedente.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: De otro lado, siendo el delito fuente un elemento normativo del tipa abjetivo de Lavado de Activos; la imputación debe comprender, mínimamente, el hecho o suceso fáctica que generá las ganancias ilegales; el lugar, tiempo y espacio en que acurriá; tado 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 objetiva, deviniendo la conducta imputada en atípica. En el caso de autas, la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominia de Arequipa, al formalizar Investigación Preparatoria contra el investigado recurrente, solo hiza referencia al *namen iuris* del delito fuente (Fraude en la Administración de Personas Jurídicas); sin precisar ningún otro data 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; mencionondo 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 coso 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 considerá que el delito de Fraude en la administración de personas jurídicas, constituye delito fuente de lavado de activas, par estar comprendido dentro de la cláusula abierta tan mencionada; sin embargo, no nos dio razones ni utilizó algún métado de interpretación de dicha disposición. La interpretación carrecta de la referida cláusula, a criterio de este Supremo Tribunal, es que solo constituirá delito fuente del delito de lavado activas- 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 par 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, apartado 1, literal b, del Nuevo Código Procesal Penal: 1. El hecho no constituye delito. 2. El hecho no es justificable penalmente. El primer punto 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 justiciable 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 Castro)

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 imputoción pertinente. En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración pracesal, en el *juicio de subsunción normativa* del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categarías 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 veintiacho guian dos mil trece diagonal Cusco, de cuatro de octubre de dos mil trece].

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, siendo el delita previo a precedente, un elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos; y estando a que el delita de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, postulado por el Fiscal coma delito fuente, no se encuentra dentro de los alcances 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; entonces, la conducta imputada al investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB es atípica, por atipicidad relativa; es decir, no se adecúa a ninguna de las canductas 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 Castra)

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 Improcedencia de Acción, deviene en fundada; por cuanta las hechas investigados par 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 impracedencia 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, reformándola, **DECLARARON**, fundada la excepción de impracedencia 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 confarmidad con lo previsto en el segundo párrafo del inciso 2 del artícula 6° del Código Procesal Penal; dar por fenecida la presente Investigación Preparatoria seguida contra el investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; por el delita 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 canformidad 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

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

14 AGO 2017