



**Excepción de improcedencia de acción
en tipos penales alternativos**

Sumilla. 1. Cuando se trate de un delito cuyo tipo penal tenga una estructura alternativa, en tanto comprende varias conductas típicas equivalentes, la posibilidad de declarar la atipicidad absoluta que exige la procedencia de una excepción de improcedencia de acción, solo es factible cuando los hechos materia de imputación no se adecúen a ninguna de las conductas alternativas que el tipo penal contiene. **2.** Ello no afecta el principio acusatorio, el cual involucra el respeto irrestricto a la descripción de los hechos constitutivos que plantea el Ministerio Público, y la posibilidad de control de la legalidad que puede ejercer el órgano jurisdiccional respecto al título de condena sobre toda decisión que pueda poner fin a una instancia.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinte de noviembre de dos mil diecinueve

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación (foja ochenta y seis) interpuesto por el imputado GIL SHAVIT contra el auto de apelación del catorce de noviembre de dos mil diecisiete (foja setenta y cinco), emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional (actualmente, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios), que revocó la resolución del treinta y uno de agosto del citado año (foja treinta y cuatro), emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción en el extremo de la investigación que se le sigue al citado recurrente por la presunta comisión del delito de lavado



de activos, en agravio del Estado; y, reformándola, la declararon infundada.

Intervino como ponente el juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.

FUNDAMENTOS

I. Itinerario procesal

Primero. El procedimiento incidental de la presente causa es como sigue:

- 1.1.** El procesado GIL SHAVIT dedujo la excepción de improcedencia de acción (foja uno) respecto a los hechos que se le imputan por el delito de lavado de activos. Por resolución del treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete (foja treinta y cuatro), el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional resolvió declarar fundado el citado medio de defensa técnico.
- 1.2.** El Ministerio Público interpuso recurso de apelación (foja cuarenta y tres) ante la mencionada decisión, por lo que la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, mediante resolución del catorce de noviembre de dos mil diecisiete (foja setenta y cinco) revocó la decisión de primera instancia; y, reformándola, declararon infundada la excepción de improcedencia de acción promovida por el recurrente.
- 1.3.** Frente a ello, el investigado GIL SHAVIT interpuso recurso de casación excepcional (foja ochenta y seis), el cual fue declarado bien concedido en sede suprema por auto de calificación del seis de abril de dos mil dieciocho (foja sesenta y cinco del cuadernillo formado en esta instancia), por la causal de inobservancia de garantías constitucionales (artículo cuatrocientos veintinueve, inciso uno,



del Código Procesal Penal, en adelante CPP). Llevada a cabo la audiencia de casación, el veinticuatro de octubre de este año, corresponde a este Tribunal Supremo emitir su pronunciamiento de Ley.

II. Imputación

Segundo. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de Casación N.º 407-2015/Tacna, del siete de julio de dos mil dieciséis, precisó que el órgano jurisdiccional para evaluar una excepción de improcedencia de acción solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el Ministerio Público en el acto de imputación pertinente, ya sea en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria (en adelante DFCIP) o, en su caso, en la acusación. Por ello, en atención a que el incidente a resolver versa sobre el citado medio de defensa técnico, es pertinente conocer los cargos atribuidos al procesado GIL SHAVIT en la investigación que se le sigue en el expediente de origen N.º 00075-2017.

Tercero. Por DFCIP del cinco de abril de dos mil diecisiete, el Ministerio Público imputó al recurrente los siguientes cargos:

3.1. En cuanto al delito de **tráfico de influencias** (delito precedente de lavado de activos) como cómplice primario:

A solicitud de Félix Moreno, GIL SHAVIT, ciudadano de nacionalidad israelí, **debía recibir** el 40 % del monto pactado, equivalente a la suma de \$ 1 600 000,00, por ser el facilitador en la ilícita negociación, pues coadyuvó a la realización de las reuniones entre ejecutivos de Odebrecht y Félix Moreno, llevadas a cabo en el domicilio de su propiedad, ubicado en Barranco, Lima, de lo cual se logró verificar en el estado de cuenta incautado en el momento de su detención, que el ocho de julio de dos mil catorce pagó \$ 350 000,00 teniendo como beneficiario de ese pago a Cardiff International Ltd.



3.2. Respecto al delito de **lavado de activos** como autor:

Haber gestionado la constitución de la empresa *offshore* Cardiff International Ltd. y la apertura de una cuenta en el CBH Bahamas (paraíso fiscal), la misma que fue utilizada con el fin de realizar operaciones financieras complejas, que a su vez tenían como propósito fundamental evitar la identificación del origen ilícito de los fondos recibidos, los cuales eran producto de una actividad delictiva previa (corrupción de funcionarios y tráfico de influencias), vinculada al pago de los sobornos realizados por la empresa Odebrecht a un funcionario del Perú, en este caso, al imputado Félix Manuel Moreno Caballero.

Cuarto. A partir de la imputación señalada, el procesado GIL SHAVIT dedujo la excepción de improcedencia de acción respecto al delito de lavado de activos; no obstante, por Disposición Fiscal N.º 13, del catorce de octubre de dos mil diecinueve, notificado a esta Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, el veintidós de octubre del presente año, se precisaron los cargos en contra el investigado, de lo cual se tiene a la fecha la siguiente imputación:

4.1. Sobre el delito de **tráfico de influencias** (delito precedente), se varió el título de imputación a autor, con el siguiente relato fáctico:

A finales del año dos mil doce, GIL SHAVIT se valió de la relación de cercanía y amistad que lo unía al entonces presidente regional del Gobierno Regional del Callao, Félix Manuel Moreno Caballero, invocó influencias reales sobre este y ofreció a Raymundo Nonato Trinidad Serra (ejecutivo representante de la empresa brasileña Odebrecht) interceder ante el referido funcionario público (quien era competente para celebrar, en representación de su entidad, contratos relacionados con la ejecución de obras), a fin de beneficiar a la empresa con la adjudicación del proyecto de construcción de la vía Costa Verde Callao; **por lo cual hizo prometer, para sí**, a cambio de ello, ventajas que, posteriormente, serían fijadas en US\$ 1 600 000,00.

4.2. En cuanto al delito de **lavado de activos**, se mantuvo el título de autor y se precisó como cargos que:



GIL SHAVIT, a efectos de **ocultar** el monto dinerario prometido por ejecutivos representantes de la empresa brasileña Odebrecht (US\$ 1 600 000,00) por su intercesión ante el presidente regional del Gobierno Regional del Callao, Félix Manuel Moreno Caballero, y procurar la no identificación del mismo ni de su origen ilícito, adquirió la empresa *offshore* Cardiff International Ltd. y abrió, para esta, una cuenta bancaria en el paraíso fiscal de la mancomunidad de Bahamas.

Luego de ello, la empresa Odebrecht cumplió, en parte, su promesa, y le transfirió la suma de US\$ 350 000,00, de tal forma que desde entonces y hasta el momento de su detención, GIL SHAVIT realizó los siguientes actos, también con la finalidad de **ocultar** el dinero y su origen ilícito:

- a) Facilitó la elaboración de un contrato ficticio entre la empresa Cardiff International Ltd. y la empresa *offshore* de Odebrecht, Klienfeld Services Ltd., a sabiendas que el mismo sería utilizado para justificar la transferencia del dinero.
- b) Ofreció a ejecutivos de la entidad financiera CBH (Bahamas) Ltd. entregar el referido contrato para justificar la transferencia de dinero antes indicada.

Teniendo el marco de imputación propuesto por el Ministerio Público en contra del procesado GIL SHAVIT, corresponde delimitar el ámbito del pronunciamiento de esta sentencia de casación.

III. Delimitación del pronunciamiento

Quinto. El motivo declarado bien concedido en este recurso de casación fue el de inobservancia de garantías constitucionales (principio acusatorio y "congruencia procesal en la etapa de investigación preparatoria"). El tema de análisis en concreto (conforme con lo señalado en el auto de calificación de casación) se circunscribe a determinar si la Sala Penal de Apelaciones (o el órgano jurisdiccional de primera instancia) puede subsumir la conducta típica imputada por el Ministerio Público, en una no propuesta por el titular de la acción penal, ello en el contexto de la resolución de



una excepción de improcedencia de acción, respecto a un tipo penal alternativo, que regula varias conductas típicas equivalentes.

Sexto. En el caso concreto, se imputó al procesado GIL SHAVIT, conforme con lo anotado precedentemente en la DFCIP del cinco de abril de dos mil diecisiete, la presunta comisión de dos delitos: tráfico de influencias en calidad de cómplice primario y lavado de activos como autor. El argumento central del recurso impugnativo planteado (vinculado al pronunciamiento que debe emitirse en esta sentencia de casación), sostiene que la conducta típica imputada por el Ministerio Público respecto al delito de tráfico de influencias, fue la de **recibir** algún donativo o promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio. Ahora bien, según la defensa esta misma conducta no podría configurar el delito de lavado de activos, cuya imputación se basó en que el procesado cuando abrió una cuenta en el CBH Bahamas (paraíso fiscal), a partir de una transferencia financiera, **recibió** un monto de dinero ilegal. Al respecto se argumenta que una sola conducta desplegada configuraría ambos ilícitos penales, lo cual no puede ser correcto.

Séptimo. Esta propuesta planteada por la defensa técnica del investigado GIL SHAVIT fue aceptada por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; por ello declaró fundada la excepción de improcedencia de acción por el delito de lavado de activos, al entender que los hechos imputados se encuentran subsumidos en el delito de tráfico de influencias, mas no en el de lavado de activos, porque no es posible que una sola conducta configure dos tipos penales.



Octavo. Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones revocó la citada decisión y señaló que en el análisis de una excepción de improcedencia de acción, respecto a un tipo penal alternativo, como es el caso del tráfico ilícito de influencias, deben evaluarse todas las modalidades delictivas que plantea el tipo penal. Sobre todo, en atención a que dicho medio técnico de defensa, si bien tiene la capacidad de archivar la investigación respecto a un delito, su operatividad no puede estar limitada a una modalidad típica, sino de todas aquellas que siendo equivalentes pueden alcanzar la tipicidad del delito imputado.

Noveno. A partir de ello, la Sala Penal de Apelaciones entendió que la modalidad de **hacer prometer** es la adecuada para el delito de tráfico ilícito de influencias, ello manteniendo incólume el relato de los hechos planteados por el Ministerio Público en la DFCIP del cinco de abril de dos mil diecisiete. Luego, concluyó que habrían dos acciones imputadas al procesado, la promesa de una ventaja y, posteriormente, la recepción de dinero; cada una de las cuales configuraría, por separado, tanto el delito de tráfico de influencias como el de lavado de activos, lo cual derivó en que se revoque la decisión de primera instancia; en consecuencia, se declaró infundada la excepción de improcedencia de acción promovida por el procesado, referido al tipo penal de lavado de activos.

IV. Análisis

Décimo. Conforme se expuso en el fundamento cuarto de la presente resolución, actualmente el marco de imputación contra el procesado GIL SHAVIT no es el mismo al que dio inicio al presente incidente de



excepción de improcedencia de acción, ya que este fue precisado por la Disposición Fiscal N.º 13, del catorce de octubre de dos mil diecinueve. En concreto, se estableció que la conducta desplegada para la configuración del delito de tráfico de influencias, es la de hacer prometer una ventaja, mientras que en el caso del tipo penal de lavado de activos, la conducta imputada es la de actos de ocultamiento de activos. Visto así, la controversia surgida referida a que una misma conducta sería la que configuraría los dos delitos imputados, ya no existe.

Decimoprimer. Sobre el particular, es pertinente destacar que la modificación y/o precisión de cargos por parte del Ministerio Público en el desarrollo de una investigación, es una opción jurídicamente válida, lo cual ha sido reconocido por esta Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N.º 2-2012/CJ-116, del veintiséis de marzo de dos mil doce, en su fundamento jurídico séptimo, donde se señaló que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria o, mejor dicho, su "delimitación progresiva del posible objeto procesal", y que el nivel de precisión del mismo (relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía) tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso.

Decimosegundo. Por su parte, a fin de determinar la validez y legalidad de la resolución que fue emitida en su momento por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional (objeto de impugnación), es oportuno destacar que este Tribunal Supremo no percibe alguna afectación al



derecho de defensa del imputado ni vulneración al principio acusatorio, en atención a las siguientes circunstancias:

- 12.1.** La Sala Superior respetó siempre el marco fáctico propuesto por el Ministerio Público en la DFCIP del cinco de abril de dos mil diecisiete, requisito ineludible al momento de evaluar una excepción de improcedencia de acción.
- 12.2.** En atención a que este medio de defensa técnico tiene la posibilidad de archivar la investigación por un delito, se efectuó un control de legalidad de la conducta imputada, lo que en el caso de tipos penales alternativos consiste en determinar la no configuración del delito en su amplitud de opciones de tipicidad equivalentes y no solo respecto de una modalidad de la posible conducta típica. Ello, por lo demás, resulta razonable en la medida que los hechos imputados durante la etapa de Investigación Preparatoria se encuentran aún en un proceso de construcción, esto es, se realiza una delimitación progresiva del objeto procesal.
- 12.3.** En los debates de primera instancia, apelación y casación, la defensa técnica del procesado tuvo conocimiento de la posición que el Ministerio Público planteaba respecto a la tipicidad del delito de tráfico de influencias; en consecuencia, tuvo la posibilidad de argumentar en contra de esta.
- 12.4.** El análisis efectuado por el Tribunal Superior en este incidente, fue única y exclusivamente de tipicidad y subsunción jurídica, no se efectuó ningún tipo de valoración probatoria.
- 12.5.** No se afectó, por tanto, el núcleo esencial del principio acusatorio, el cual involucra el respeto irrestricto a la descripción de los hechos constitutivos que plantea el Ministerio Público, y la



posibilidad de control de la legalidad que puede ejercer el órgano jurisdiccional respecto al título de condena sobre toda decisión que pueda poner fin a una instancia (control sobre la fundamentación jurídica, con la relatividad que corresponda y la posibilidad de modificar el título acusatorio a partir de la homogeneidad del bien jurídico, que en el caso de tipos penales alternativos, no presenta mayor discusión)¹.

Decimotercero. Lo expuesto permite concluir a este Tribunal Supremo que, cuando se trate de un delito cuyo tipo penal tenga una estructura alternativa, en tanto comprende varias conductas típicas equivalentes, la posibilidad de declarar la atipicidad absoluta que exige la procedencia de una excepción de improcedencia de acción, solo es factible cuando los hechos materia de imputación no se adecúen a ninguna de las conductas alternativas que el tipo penal contiene. En dicha virtud, conforme con los fundamentos expuestos, los agravios planteados por el recurrente respecto a la causal declarada bien concedida no son de recibo; en consecuencia, deviene en infundado su recurso de casación.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

- I. **INFUNDADO** el recurso de casación (foja ochenta y seis) interpuesto por el imputado GIL SHAVIT contra el auto de apelación del catorce de noviembre de dos mil diecisiete (foja setenta y cinco),

¹ Véase, al respecto, Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116, del trece de noviembre de dos mil nueve, fundamento jurídico octavo, primer y segundo párrafo; sentencia de Casación N.º 1450-2017/Huánuco, del veintitrés de abril de dos mil diecinueve, fundamento de derecho tercero. En ese mismo sentido, STS español N.º 2907/2019, del veinticuatro de setiembre de dos mil diecinueve.



emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional (actualmente, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios), que revocó la resolución del treinta y uno de agosto del citado año (foja treinta y cuatro), emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción en el extremo de la investigación que se le sigue al citado recurrente por la presunta comisión del delito de lavado de activos, en agravio del Estado; y, reformándola, la declararon infundada.

- II. En consecuencia, **NO CASARON** el referido auto de apelación del catorce de noviembre de dos mil diecisiete (foja setenta y cinco).
- III. Dispusieron que se publique la presente sentencia de casación en la página web del Poder Judicial. Hágase saber.

Intervino el juez supremo Castañeda Espinoza por licencia de la jueza suprema Pacheco Huancas.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

CASTAÑEDA ESPINOZA

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA OTSU

VPS/lash