

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 775-2021/PUNO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Lavado de Activos. Reexamen y Variación de incautación

Sumilla. 1. El artículo 319 del CPP reconoce la institución del reexamen de la medida de incautación judicial, pero la circunscribe al denominado “interviniente accesorio”, siempre y cuando se incorporen nuevos medios de investigación luego de la ejecución de la medida que modifiquen la situación jurídica que inicialmente generó la incautación (ex numeral 3 del artículo 319 CPP y Acuerdo Plenario 5-2010-CJ/116, párr. 15). 2. Si bien, en principio, el remedio procesal fue calificado como reexamen de incautación cautelar, en pureza es propiamente uno de variación de la misma conforme al literal a) del artículo 319 del CPP, cuya premisa es, precisamente, la variación de las circunstancias que determinaron su imposición, en tanto en cuanto el legitimado para hacerlo es el imputado afectado e, incluso, el Ministerio Público. Como se está ante unos mismos requisitos (modificación de la situación jurídica anteriormente apreciada) y la causa de pedir es la misma, entonces, debe entenderse como una solicitud de variación de la medida de incautación cautelar. 3. El delito de lavado de activos es autónomo en relación con las conductas o actividades criminales precedentes, las que se erigen como el objeto material de la acción y elemento normativo del tipo objetivo. Ellas están referidas a toda actividad criminal capaz de producir ganancias ilegales, a partir de lo cual se criminalizan distintos comportamientos inscritos dentro de un proceso de legitimación de activos maculados, bajo diversas modalidades (actos de conversión y transferencia, de ocultamiento y tenencia, y de transporte y traslado). 4. El delito de defraudación tributaria ha sido considerado como un delito que puede erigirse en un delito fuente para el delito de lavado de activos –así, desde la Ley 27765, de 27 de junio de 2002–. El dinero que no se paga al fisco –el delito tributario genera un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero– y, en este caso, con mayor razón, cuando se trata de actividades informales, fuera de la legislación mercantil, administrativa y financiera del Estado, tiene entidad para constituir el objeto material del delito de lavado de activos por ser una ganancia obtenida mediante defraudación. 5. La regularización tributaria es una causa material de exclusión de la punibilidad *ex post factum* y provoca efectos liberatorios de la sanción penal [vid.: Acuerdo Plenario 2-2009/CJ-116, de 13 de noviembre de 2009, párr. 6 y 9]. Como tal, es una situación que no es relevante para el injusto culpable, más allá de que afecta la cuestión general de la necesidad de pena.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, tres de febrero de dos mil veintitrés

VISTOS; en audiencia pública; con la acusación remitida por el Juzgado de Investigación Preparatoria: el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal e infracción de precepto material, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE SAN ROMÁN contra el auto de vista de fojas cuatrocientos treinta y ocho, de diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve, que revocando el auto de primera instancia de fojas cuatrocientos ocho, de veintiséis de agosto de dos mil diecinueve, declaró fundada la solicitud de reexamen de incautación del inmueble ubicado en el jirón Tacna número ochocientos sesenta del distrito y provincia de Puno y dispuso su

devolución a los encausados Julián Antonio Calisaya Ayala y Elia Ticona Hunacuni; con todo lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal que se les sigue por delito de lavado de activos en agravio del Estado. Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, de modo general, los cargos contra JULIÁN ANTONIO CALISAYA AYALA y ELIA TICONA HUANACUNI estriban en que realizaron actos de conversión de bienes maculados desde el año dos mil dos hasta la actualidad, específicamente en terrenos que adquirieron en los meses de marzo y octubre de mil novecientos noventa y ocho y enero del año dos mil dos. Se les atribuyó, con más concreción, y como actos de conversión de activos la totalidad del inmueble, que constituye el terreno y la construcción misma levantada sobre él, ubicado en el distrito y provincia de Puno. Se entendió que ello importó la comisión de diversos hechos en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, por lo que se está ante un delito continuado. Es así que, durante el periodo antes indicado, en bienes inmuebles y muebles registrables han convertido la suma de novecientos ochenta y cuatro mil novecientos sesenta soles con veinte céntimos y ochenta y tres mil cuatrocientos cuarenta dólares americanos; montos que son variables de acuerdo a la valorización real, conforme a la prueba pericial correspondiente. Los bienes inmuebles y muebles registrables fueron convertidos por los imputados para evitar la identificación de su origen y la incautación o decomiso de los dineros de procedencia ilícita que han sido convertidos en bienes muebles e inmuebles con valor comercial y reintroducidos al mercado con apariencias de licitud.

SEGUNDO. Que contra los encausados ELIA TICONA HUANACUNI y JULIÁN ANTONIO CALISAYA AYALA, por Disposición 3-2018, de dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho, se formalizó la investigación preparatoria por delito de lavado de activos. Se les imputó haber realizado actos de conversión de dinero de procedencia ilícita de actividades criminales, comercio clandestino, tráfico de billetes y monedas, defraudación tributaria y otros respecto del bien inmueble ubicado en el jirón Tacna ochocientos sesenta del distrito, provincia y departamento de Puno –inmueble cuya incautación será materia de pronunciamiento– y otros bienes inmuebles. No constan pruebas que revelen la procedencia lícita del dinero para la compra del inmueble, así como el dinero invertido en la construcción, mejoras y acabados del mismo.

∞ Según la acusación recaía en la causa, de fecha treinta de abril de dos mil dieciocho, entre otras conductas, en el año dos mil dos, cuando estaba vigente la Ley 27765 los encausados Calisaya Ayala y Ticona Hunacuni convirtieron dinero de procedencia ilícita ascendente a veintidós mil dólares

americanos en la adquisición de un terreno urbano, ubicado en el jirón Tacna ochocientos sesenta del distrito, provincia y departamento de Puno. La construcción se efectuó en fecha posterior, y a febrero de dos mil diecisiete se realizaron trabajos de mejoras y acabados. La conversión de dinero sería un monto mayor, pues según tasación de dos mil dos el predio tiene el valor del terreno en ciento treinta y tres mil doscientos ochenta y un soles con ochenta céntimos (treinta y seis mil novecientos dólares), y su valor comercial asciende a ciento treinta y dos mil soles (treinta y seis mil quinientos cuarenta y cuatro dólares americanos con ochenta y cinco céntimos, en el año dos mil dieciocho el valor de realización es de cuatrocientos veinte mil setecientos cincuenta soles (ciento veinticuatro mil ochocientos cincuenta y un mil dólares americanos), el valor comercial es de cuatrocientos veinte mil setecientos cincuenta soles (ciento veinticuatro mil ochocientos cincuenta y un dólares americanos).

TERCERO. Que por auto de fojas treinta y dos, de siete de mayo de dos mil dieciocho, el Juzgado de la Investigación Preparatoria de Puno declaró fundado el requerimiento de autorización judicial de descerraje, allanamiento, registro domiciliario, incautación de bienes e incautación de bienes inmuebles, y autorizó la medida en cuestión, respecto del bien inmueble ubicado en el jirón Tacna ochocientos sesenta del distrito, provincia y departamento de Puno, así como de otro bien ubicado en Chucuito para constatar el estado del inmueble y los bienes que se encuentren en su interior y puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso. Los bienes fueron puestos en custodia de PRONABI.

∞ Los encausados afectados con la media solicitaron reexamen de la misma por escrito de fojas trescientos treinta y cuatro, de trece de junio de dos mil diecinueve, bajo el argumento de nuevos elementos de convicción.

CUARTO. Que, llevada a cabo la audiencia de reexamen de incautación, conforme al acta de fojas cuatrocientos tres, de diez de julio de dos mil diecinueve, se expidió el auto de primera instancia de fojas cuatrocientos ocho, de veintiséis de agosto de dos mil diecinueve, que declaró infundada la solicitud de reexamen de incautación del inmueble ubicado en el jirón Tacna ochocientos sesenta del distrito, provincia y departamento de Puno. Consideró que, conforme al Acuerdo Plenario 02-2009, Fundamento Jurídico 6, sobre regularización tributaria, no procede el ejercicio penal por parte del Ministerio Público ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por el órgano administrador del tributo cuando se regularice la situación tributaria en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas de delito tributario; que la regularización tributaria está sujeta al pago total de la deuda tributaria, que se habría dado en dos mil dieciocho; que, sin embargo, no se puede establecer si fue en un pago total, requisito *sine qua non* para su procedencia; que el informe pericial de

parte sostiene que los imputados generaron actividad económica por la suma de dos millones trescientos sesenta y cinco mil ciento cuarenta y seis soles con setenta y dos céntimos entre el periodo de mil novecientos ochenta y ocho al dos mil uno en diferentes categorías, y realizaron inversiones por seiscientos veinte mil doscientos setenta soles en la adquisición de bienes muebles, vehículos y construcción de inmuebles, lo que debe ser objeto de debate judicial al existir otra pericia contradictoria; que la pericia de identificación de zona rural urbana comercial acredita la actividad comercial de cambio de moneda extranjera, la misma que puede haber generado ingresos considerables; que también consta una resolución de vista de veintinueve de marzo de dos mil diecinueve, que declaró fundado el reexamen de incautación de la propiedad “Cali Hotel”, ubicado en Chuchito, en el que se han emitido disposiciones de archivo y que se encuentran pendientes de ser tramitadas en casación; que, finalmente, concluyó que no se han actuado nuevos elementos de convicción.

QUINTO. Que, contra esta resolución, los encausados por escrito de fojas cuatrocientos diecinueve, de tres de septiembre de dos mil diecinueve, interpusieron recurso de apelación. Alegaron que se produjo una variación sustancial de los hechos materia de imputación y se actuaron nuevos medios de investigación, así como que la deuda tributaria fue cancelada totalmente.

SEXTO. Que, la Sala Penal de Apelaciones de Puno, aceptado el recurso de apelación de la encausada y cumplido el trámite impugnatorio en segunda instancia, mediante auto de vista de fojas cuatrocientos treinta y ocho, de diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve, revocó el auto de primera instancia y, reformándolo, declaró fundada la solicitud de reexamen de la medida de incautación.

∞ Estimó que el Ministerio Público solicitó la incautación del inmueble porque habría sido construido con el dinero proveniente del delito de comercio clandestino y defraudación tributaria, delitos fuente de lavado de activos; que, empero, como ya se tiene establecido en el presente caso mediante pronunciamiento de la Sala Superior, la actividad de cambio a la que se dedicaban los imputados no constituye una actividad ilícita sino una actividad informal, aunado a ello los tributos se regularizaron desde enero de dos mil dos hasta el dos mil catorce, y se tributó desde el dos mil catorce al dos mil diecisiete, regularización que está permitida por la ley tributaria de acuerdo al Acuerdo Plenario 2-2009/CJ-116, de trece de noviembre de dos mil nueve; que, por tanto, la consideración inicial para disponer la medida de incautación, de cara a los nuevos elementos de convicción ha variado.

∞ Contra el referido auto de vista el Ministerio Público interpuso el recurso de casación de fojas cuatrocientos cincuenta y uno, de veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve.

SÉPTIMO. Que el recurso de casación del Ministerio Público fue declarado inadmisibles por el auto superior de cinco de noviembre de dos mil diecinueve, pero ante el recurso de queja de la Fiscalía Superior este Tribunal Supremo por Ejecutoria de veinticuatro de julio de dos mil veinte declaró fundado el mismo y concedió el recurso de casación.

∞ Es materia del recurso de casación el alcance del delito de lavado de activos y su relación con el delito de defraudación tributaria, así como la eficacia de la regularización tributaria como razón para levantar la medida de incautación. Esta Sala Suprema ratificó la concesión del recurso de casación por la Ejecutoria de siete de julio de dos mil veintidós y le dio trámite respectivo.

OCTAVO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día veintisiete de enero del año en curso, ésta se realizó con la concurrencia de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Jackeline Del Pozo Castro, y de la defensa de los encausados, doctor Wilmer Quiroz Calli, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

NOVENO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal e infracción de precepto material, estriba en determinar el alcance del delito de lavado de activos y su relación con el delito de defraudación tributaria, así como la eficacia de la regularización tributaria como razón para levantar la medida de incautación.

SEGUNDO. Que, a pedido de la Fiscalía Provincial, el Juzgado de la Investigación Preparatoria de Desaguadero, mediante auto de fojas treinta y dos, de siete de mayo de dos mil dieciocho, dictó la medida de coerción real de incautación, entre otros, del inmueble ubicado en el jirón Tacna ochocientos sesenta del distrito, provincia y departamento de Puno, en relación a cargos contra los encausados JULIÁN ANTONIO CALISAYA y ELIA TICONA HUANACUNI por delito de lavado de activos, referidos a actividades criminales precedentes de defraudación tributaria, tráfico de billetes y monedas, comercio clandestino y otros –posteriormente concretados en el delito de defraudación tributaria–.

∞ Con posterioridad, los imputados por escrito de fojas trescientos treinta y cuatro, de trece de junio de dos mil diecinueve, solicitaron el reexamen de la medida antes indicada, que denegada en primera instancia fue amparada en segunda instancia.

TERCERO. Que, sobre este punto, el artículo 319 del CPP reconoce la institución del reexamen de la medida de incautación judicial, pero la circunscribe al denominado “interviniente accesorio”, siempre y cuando se incorporen nuevos medios de investigación luego de la ejecución de la medida que modifiquen la situación jurídica que inicialmente generó la incautación (ex numeral 3 del artículo 319 CPP y Acuerdo Plenario 5-2010-CJ/116, párr. 15).
∞ Si bien, en principio, el remedio procesal fue calificado como reexamen de incautación cautelar, en pureza es propiamente uno de variación de la misma conforme al literal a) del artículo 319 del CPP, cuya premisa es, precisamente, la variación de las circunstancias que determinaron su imposición, en tanto en cuanto el legitimado para hacerlo es el imputado afectado e, incluso, el Ministerio Público. Como se está ante unos mismos requisitos (modificación de la situación jurídica anteriormente apreciada) y la causa de pedir es la misma, entonces, debe entenderse como una solicitud de variación de la medida de incautación cautelar.

CUARTO. Que ya se tiene claro, desde nuestra jurisprudencia, que el delito de lavado de activos es autónomo en relación con las conductas o actividades criminales precedentes, las que se erigen como el objeto material de la acción y elemento normativo del tipo objetivo. Ellas están referidas a toda actividad criminal capaz de producir ganancias ilegales [Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-116, de once de octubre de dos mil diecisiete, fojas dieciséis], a partir de lo cual se criminalizan distintos comportamientos inscritos dentro de un proceso de legitimación de activos maculados, bajo diversas modalidades (actos de conversión y transferencia, de ocultamiento y tenencia, y de transporte y traslado) [ORÉ SOSA, EDUARDO: *Delictum – Apuntes de Derecho penal*, Editores del Centro, Lima, 2022, p. 246].

QUINTO. Que, en cuanto al delito de defraudación tributaria, éste ha sido considerado expresamente como una conducta criminal que puede erigirse en un delito fuente para el delito de lavado de activos –así, desde la Ley 27765, de veintisiete de junio de dos mil dos–. Los activos procedentes de un delito pueden ser los efectos y, en ciertos casos, los objetos del delito previo (bienes adquiridos con el activo maculado, así como sus sucesivas transformaciones que se dieron en éstos a través de actos negociales civiles, comerciales o financieros), y todos aquellos beneficios o ganancias que se reciben por un delito que aún no se ejecuta (como adelantos o pagos parciales). El dinero que no se paga al fisco –el delito tributario genera un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero– y, en este caso, con mayor razón, cuando se trata de

actividades informales, fuera de la legislación mercantil, administrativa y financiera del Estado, tiene entidad para constituir el objeto material del delito de lavado de activos por ser una ganancia obtenida mediante defraudación [cfr.: STSE 974/2012, de cinco de diciembre].

SEXTO. Que, en el presente caso, se tiene que los imputados se sometieron a una regularización tributaria y, aparentemente, pagaron íntegramente la deuda tributaria [vid.: Carta 118-2018-SUNAT/7F0940]. Ésta es una causa material de exclusión de la punibilidad *ex post factum* y provoca efectos liberatorios de la sanción penal [vid.: Acuerdo Plenario 2-2009/CJ-116, de trece de noviembre de dos mil nueve, párr. 6 y 9]. Como tal, es una situación que no es relevante para el injusto culpable, más allá de que afecta la cuestión general de la necesidad de pena.

∞ La conducta típica, antijurídica y culpable del delito tributario no se elimina por la presencia de una regularización tributaria, solo su punibilidad, por lo que tal situación no impide considerar la defraudación tributaria como una actividad criminal previa del delito de lavado de activos. Los imputados, al efectuar una regularización tributaria, repararon el daño que trae consigo la afectación del interés fiscal del Estado (la recaudación tributaria), pero de ninguna manera, por el pago de todo lo defraudado, se puede considerar que negaron el hecho cometido. A ello se agrega la propia autonomía del delito de lavado de activos en relación con la actividad criminal precedente (ex artículo 6 de la Ley 27665, reiterada en el Decreto Legislativo 986 y en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106), que no requiere que estos hechos previos sean objeto de investigación previa, juzgamiento o condena; y, además, solo ha de tratarse de un hecho típico y antijurídico, siendo irrelevante que el autor del mismo no sea culpable o que esté exento de pena [CARLOS DE OLIVEIRA, ANA CAROLINA: *Blanqueo de Capitales*. En: AAVV: *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Editorial Atelier, Barcelona, 2020, p. 651].

SÉPTIMO. Que si bien consta en autos informes periciales –el Tribunal Superior solo hizo mención a la pericia contable de parte elaborada por el Contador Público Colegiado Condori Mamani [folio once del auto de vista]–, sobre la actividad de los imputados, hasta el momento, puede advertirse una ausencia del cumplimiento de obligaciones tributarias por sus actividades y montos generados respectivos, que incluso dieron lugar a un trámite de regularización tributaria. Los imputados han realizado actividad económica o empresarial y obtenido ganancias que estaban sujetas al control tributario o pago de tributos y, pese a ello, ocultaron sus actividades.

∞ Por consiguiente, no se presenta el supuesto de nuevos medios de investigación que varíen la situación jurídica de los imputados y determinen se levante la medida de incautación cautelar decretada inicialmente.

∞ Por todo ello, se trasgredió la garantía de tutela jurisdiccional (resolución de fondo fundada en Derecho), se quebrantó los preceptos procesales

vinculados a la variación y reexamen de la incautación cautelar, y se infringió el alcance del tipo delictivo de lavado de activos y su relación con el tipo delictivo de defraudación tributaria y el instituto de la regularización tributaria. Lo expuesto importa se dicte una sentencia casatoria rescindente y rescisoria: no hace falta un nuevo debate para decidir sobre el fondo del asunto (ex artículo 433, apartado 1, del CPP).

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal e infracción de precepto material, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE SAN ROMÁN contra el auto de vista de fojas cuatrocientos treinta y ocho, de diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve, que revocando el auto de primera instancia de fojas cuatrocientos ocho, de veintiséis de agosto de dos mil diecinueve, declaró fundada la solicitud de reexamen de incautación del inmueble ubicado en el jirón Tacna número ochocientos sesenta del distrito y provincia de Puno y dispuso su devolución a los encausados Julián Antonio Calisaya Ayala y Elia Ticona Hunacuni; con todo lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal que se les sigue por delito de lavado de activos en agravio del Estado. En consecuencia, **CASARON** el auto de vista. **II. Y actuado como instancia: CONFIRMARON** el auto de primera instancia que denegó la solicitud de reexamen de incautación del inmueble ubicado en el jirón Tacna número ochocientos sesenta del distrito y provincia de Puno; debiendo reintegrarse el bien al PRONABI si fue devuelto a los imputados. **III. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para la ejecución procesal de esta sentencia suprema; con remisión de los actuados; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea la presente sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR