SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
COLEGIADO A

Expediente	**: 00046-2017-23-5201-JR-PE-01**
Jueces superiores	: Castañeda Otsu / **Salinas Siccha** / Burga Zamora
Ministerio Público	: Primera Fiscalía Superior Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Delitos	: Tráfico de influencias y otros
Agraviado	: El Estado
Especialista judicial	: Anchahua Mantilla
Materia	: Apelación de auto de excepción de improcedencia de acción

Resolución N.° 3

Lima, catorce de agosto

de dos mil dieciocho

AUTOS y OÍDOS. En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del investigado José Augusto Heighes Sousa contra la Resolución N.° 5, de fecha veintiocho de junio de dos mil dieciocho, que declara infundada la excepción de improcedencia de acción deducida en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias y otros en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior SALINAS SICCHA, y ATENDIENDO:

I. ANTECEDENTES

1.1 El veintitrés de mayo de dos mil dieciocho, la defensa técnica del investigado José Augusto Heighes Sousa deduce excepción de improcedencia de acción. En atención al pedido, la jueza del Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios emite la Resolución N.° 5, de fecha veintiocho de junio del dos mil dieciocho, mediante la cual se resuelve declarar infundada la solicitud de improcedencia de acción deducida.

1.2 Al interponerse el correspondiente recurso de apelación, luego del trámite que exige el debido proceso, y realizada la audiencia correspondiente, el Colegiado procede a emitir la presente resolución.

II. FUNDAMENTOS DE LA DESICIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza sostiene que los hechos atribuidos por el Ministerio Público se subsumen en las conductas ilícitas que se atribuyen al investigado Heighes Sousa. Así contestando a las alegaciones de la defensa señaló:

2.1 *Con relación al delito de tráfico influencias.* Si bien la defensa indica que no se cumple el elemento típico "caso administrativo", de la descripción fáctica no se podrían enmarcar los procesos por contrataciones públicas como "caso administrativo" por no estar enunciado de este modo en la norma, pues ello involucraría discriminar donde la norma no lo ha establecido, y al enunciar "caso administrativo" señala que se refiere a aquellos en los que se realiza función pública. Asimismo, acerca del elemento "funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido", de la revisión de la descripción fáctica, verifica que García Alcázar no sería el destinatario de las influencias, sino serían los funcionarios -no identificados- quienes han conocido los procesos de contratación pública, lo cual no podrá requerirse para García Alcázar.

2.2 *Respecto del delito de lavado de activos.* Previo al análisis de los elementos típicos, la *a-quo* procede a verificar la determinación de la norma a aplicar, al ser este materia de cuestionamiento por la defensa. Conforme a lo señalado en la Casación N° 388-2012-Ucayali-, establece que en el presente caso resulta aplicable el Decreto Legislativo N° 1106. En ese sentido, sobre los elementos típicos cuestionados, en la recurrida se sostiene lo siguiente:

i) En relación con el elemento "d*ificulte la identificación de su origen, su incautación o decomiso*", se tiene que del desarrollo fáctico se precisa la finalidad de los presuntos actos de conversión y transferencia realizados, esto es, "blanquearlos como contraprestación ficticia a favor de empresas"; dicho de otro modo, darles apariencia de legalidad.

ii) En cuanto a la *contradicción de la imputación respecto a la autonomía del proceso de lavado de activos con relación al ilícito de tráfico de influencias,* señala que del desarrollo fáctico se precisa "que tenían un origen ilícito- vinculados al pago ilícito del 2.92% del valor referencial de las obras licitadas y ganadas- y tenía como uno de sus delitos-fin el delito de tráfico de influencias"; por ello, el presunto delito fin si se encontraría contenido en la imputación formulada.

iii) Respecto a *la ausencia de afectación al bien jurídico pluriofensivo,* precisa que la Fiscalía sí expresa conducta en su descripción fáctica, esto es, presuntos "actos de conversión y transferencia de activos de la empresa JOHESA".

iv) Con relación a *la no delimitación de acto de conversión o transferencia,* verifica que se han delimitado los verbos rectores de conversión o transferencia, y que estos tenían por finalidad "blanquearlos como contraprestación ficticia a favor de las empresas"; en ese sentido, señala que la conducta típica atribuida es conforme al tipo penal del art. 1 del Decreto Legislativo N° 1106.

v) Sobre la *no mención de autolavado,* sostiene que el autolavado no viene siendo un elemento típico de la conducta, sino una forma de realización del hecho delictivo vinculado al agente involucrado en el hecho precedente y actos posteriores- en este caso actos de conversión y transferencia.

vi) Acerca de *la no existencia de delito fuente,* la Fiscalía ha cumplido con precisar que las actividades criminales fuente se refieren a la organización criminal EL CLUB que tenía como uno de sus delitos-fin el delito de tráfico de influencias".

2.3 Sobre el delito de *asociación ilícita para delinquir* (en su forma base y agravada). En la recurrida se sostiene que la conducta descrita por el tipo penal consiste en formar parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos, entre otros, el de lavado de activos, a la que se ajusta la descripción fáctica precisada en la imputación efectuada al recurrente.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

Los agravios de la defensa del investigado Heighes Sousa, ratificados en audiencia, se sustentan en lo siguiente:

3.1 Respecto del delito de *tráfico de influencias*, refiere que es incorrecto lo sostenido por la *aquo* "de discriminar donde la norma no lo ha establecido", ya que esta parte habría definido el contenido típico de "caso administrativo"; también señala que la jueza solo se remite a una categórica genérica de función pública, sin abordar ni analizar ninguno de los argumentos de atipicidad desde el punto de vista que la doctrina mayoritaria adopta, ni lo resuelto por la Corte Suprema.

3.2 Agrega que no se cumpliría el elemento típico "funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido", toda vez que estos, -tal y como lo ha sostenido la *aquo*- no habrían sido identificados; en ese sentido, no hay una descripción fáctica respecto de quiénes serían los funcionarios que han conocido los procesos de contratación pública ni de qué manera se habrían dado las influencias vía instigación directa por parte de su defendido.

3.3 Sobre el delito de *lavado de activos*, señala que la jueza toma en cuenta la determinación de la ley penal en el tiempo favorable a un imputado. Así, a criterio de la defensa técnica, la ley aplicable al caso en concreto es la Ley N.° 986,

de fecha veintiuno de julio del dos mil siete, que modifica la Ley N.° 27765; mas no es de recibo la aplicación del Decreto Legislativo N.° 1106, por un criterio de aplicación de la ley más favorable al investigado. Por lo tanto, en concordancia con la Ley N.° 27765, el elemento "dificulte la identificación de su origen, su incautación o decomiso" no quedó configurado por no ser este una mera subjetividad del tipo penal, como sí se precisa en la norma que propone la Fiscalía. Respecto a lo referido al autolavado, señala que su patrocinado no fue quien realizó las actividades generadoras de dinero, por lo que no se cumplen con las exigencias típicas de dicha modalidad.

3.4 Por último, en cuento al delito de *asociación ilícita para delinquir*, señala que en la recurrida se ha omitido pronunciamiento respecto de la inexistencia de los elementos típicos que conforman el delito citado, así como tampoco se ha indicado si se cumple con lo establecido en el Acuerdo Plenario N.° 04-2006/CJ-116. Solicita se revoque la resolución venida en grado y, en consecuencia, se declare fundada la excepción de improcedencia de acción.

IV. FUNDAMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 El fiscal superior para rebatir lo cuestionado por la defensa, en cuanto al delitos de tráfico de influencias, manifestó que el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, norma interna ratificada por el Perú, establece claramente cuándo se comete el delito de tráfico de influencias; en ese sentido, indica que no se debe recurrir a interpretaciones que se alejan del espíritu de las leyes y lo que el Estado quiere proteger.

4.2 Asimismo, indicó que la defensa habría referido que no se ha identificado quienes serían los destinatarios del tráfico de influencias, empero el hecho de que no estén identificados, porque están en proceso de investigación es indiferente de

que no existan tales destinatarios, pues bien lo ha sostenido la jueza al señalar que este aspecto no es materia de imputación.

4.3 Sobre el delito de *lavado de activos*, sostiene que el Colegiado ha establecido en distintos pronunciamientos que en su momento se debe establecer cuál es la ley aplicable en caso de conflicto entre leyes penales; y que en el presente caso, tomando en cuenta el marco temporal 2011-2014, así como que se trataría de un delito continuado -característica que no ha postulado el Ministerio Público a la fecha-, la ley aplicable siempre va a ser el Decreto Legislativo N.° 1106.

4.4 Respecto del delito de *asociación ilícita agravada*, refiere que en el presente caso concurren las conductas ilícitas de lavado de activos y asociación ilícita para delinquir, por lo que el cuestionamiento postulado por la defensa carece de sustento. En ese sentido, solicita se confirme la resolución recurrida.

V. FUNDAMENTOS DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA

5.1 Al iniciar los argumentos desarrollados en audiencia, la Procuraduría Pública menciona que no se ha explicado por qué se ha vulnerado el debido proceso ni el principio de presunción de inocencia.

5.2 Respecto al tráfico de influencias, señala que la defensa no ha precisado jurisprudencia que apoye su pretensión vinculada a la interpretación del elemento "caso administrativo". En cuanto a la no identificación de los funcionario públicos, menciona que ello es cierto, pues nos encontramos en la fase procesal de formalización de investigación preparatoria cuya finalidad es encontrarlo, lo que no implica que dichos funcionarios no existan.

5.3 Con relación al delito de lavado de activos, señaló que la defensa no indicó que los hechos se cometieron hasta el año 2014, por lo que sería aplicable el Decreto Legislativo N.° 1106, en concordancia con el artículo 6 del Código Penal,

y la sentencia del Tribunal Constitucional recogida en el Exp. N° 091-203/HC, referida a la aplicación de la ley en el tiempo en los delitos continuados. En cuanto a la supuesta ausencia de los elementos que sustenten el delito de lavado de activos, la Procuraduría alega que estos cuestionamientos no son materia del presente incidente.

5.4 Respecto al delito de asociación ilícita, la defensa no menciona que este ilícito es punible por su sola conformación, es independiente a otros delitos, por lo que basta su sola existencia para que se configure dicho tipo penal.

VI. FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO

PRIMERO. La excepción de improcedencia de acción, como los demás medios técnicos de defensa, tiene por objeto atacar la acción penal o, con más precisión, la relación jurídico-procesal que surge a partir de su ejercicio. Para tal fin, el artículo 6, apartado 1, literal b) del Código Procesal Penal (en adelante CPP), establece su procedencia en los siguientes supuestos: i) cuando el hecho no constituye delito y ii) cuando el hecho no es justiciable penalmente. El análisis de ambos supuestos implica contraponer el *contenido fáctico* de la imputación fiscal, normalmente contenida en la Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria, a la *descripción normativa* que la ley penal material prescribe.

SEGUNDO. En el mismo sentido, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha precisado que es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. La excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción

normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad –tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad-[1].

TERCERO. Del mismo modo, el Colegiado, como ya ha señalado en decisiones precedentes[2], considera que la excepción de improcedencia de acción procede cuando resulta evidente que no se presentan los elementos objetivOs y subjetivos que configuran una conducta ilícita penal, así como cuando, a pesar de producirse estos elementos, la acción penal no se sigue, debido a que, por ejemplo, se produce la inexistencia de una condición objetiva de punibilidad o se verifica la existencia de una excusa absolutoria. Al tratarse de un medio técnico de defensa que se presenta y resuelve antes del juicio oral, solo se analizan los hechos ilícitos imputados tal como aparecen planteados por el titular de la acción penal, independientemente de si ocurrieron o no, pues toda determinación de los hechos que efectivamente tuvieron lugar solo puede efectuarse con el análisis de la prueba producida luego de realizarse el juicio.

CUARTO. De tal manera, en un incidente de improcedencia de acción, no se evalúan medios probatorios para determinar si efectivamente el investigado participó o no en los hechos que le atribuye el titular de la acción penal, y menos se analiza si es o no responsable penal respecto de los hechos que se le atribuyen. Estos últimos aspectos son objetivos del juicio oral.

---

[1] Casación N.° 407-2015-Tacna, del siete de julio de dos mil dieciséis, fundamento cinco, de la Sala Penal Transitoria.

[2] Expedientes N.° 04-2015-40-5201-JR-PE-01 y N° 160-2014-279-5201-JR-PE-01.

QUINTO. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, se tiene que, de acuerdo a lo postulado por el Ministerio Público en las Disposiciones N.os 5, 6, 8 y 11, se tiene en cuenta que los hechos que se le imputan a Heihges Sousa son los siguientes: i) haber formado parte de la organización criminal denominada el "Club de la Construcción", en la que se adoptaban acuerdos sobre la prelación de empresas a las que se adjudicarían obras públicas licitadas por Provías Nacional a cambio del pago ilícito del 2.92% del valor referencial de la obra a Carlos Eugenio García Alcázar, funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien luego intercedía ante los funcionarios a cargo de los procesos de licitación; ii) haberse relacionado, como representante de una de las empresas integrantes del Club, con García Alcázar directa o indirectamente –a través de Prialé de la Peña–, a efectos de comunicarle la empresa a la cual se le debía adjudicar una determinada obra, así como confirmarle el pago ilícito que se debía efectuar, lo que era determinante para que García Alcázar cometiera el delito de tráfico de influencias; y iii) el delito de lavado de activos por haber realizado, durante el periodo 2011 a 2014, actos de conversión y transferencia de activos de la citada empresa, los cuales tenían un origen ilícito vinculado al pago del 2.92% del valor referencial de las obras licitadas y ganadas, los que luego blanqueaba como contraprestación ficticia a favor de las empresas vinculadas a sus coinvestigados Rodolfo Edgardo Prialé de la Peña y Luis Humberto Prevoo Neira.

SEXTO. Los hechos así narrados, sin duda, para el colegiado evidencian o configuran hechos punibles que razonablemente pueden ser objeto de investigación preparatoria, etapa procesal que, según lo previsto en el artículo 321. 1 del CPP, tiene como finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su comisión, la identidad del autor o

partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. No obstante, lo importante es determinar si la conducta que se atribuye al imputado es delictuosa o no, es decir, determinar si los hechos objeto de investigación configuran o no delito. Y esto es así, debido a que, de acuerdo a las reglas de la experiencia judicial, la tipificación exacta puede producirse al final del proceso, aplicando para tal efecto el principio procesal de desvinculación por parte del juez de juzgamiento. Circunstancia procesal que incluso está recogida así en nuestro CPP de 2004. Es obvio que una de las característica del principio acusatorio es que los hechos de la sentencia serán siempre los hechos de la acusación. Los hechos son inmutables. No obstante, ello no ocurre con la tipificación de aquellos hechos. La tipificación puede ser variada en el transcurso del proceso por el mismo titular de la acción penal o también por el juez, aplicando el principio de desvinculación procesal, tal como se prevé en el artículo 374 del CPP.

SÉTIMO: Asimismo, los hechos que a criterio del Colegiado constituyen hechos punibles, son perseguibles penalmente, pues no se evidencia ni ha sido invocado como agravio que se haya presentado en el presente proceso penal alguna excusa absolutoria o alguna condición objetiva de punibilidad favorable al imputado José Augusto Heighes Sousa.

OCTAVO: Dando respuesta a los agravios formulados por el recurrente, en el sentido de que cuestiona la resolución impugnada alegando que los hechos atribuidos al imputado Heighes Sousa no configurarían realmente los delitos de tráfico de influencias, lavado de activos y asociación ilícita para delinquir, debido a que, según su criterio, faltaría algún elemento objetivo o subjetivo de la estructura típica de los citados delitos, el Colegiado considera que no pueden ser amparados. Como ya se dejó establecido, según el modelo procesal penal

adoptado por el CPP, la tipificación exacta de los hechos objeto de investigación no puede discutirse por el medio técnico de defensa de improcedencia de acción. Nuestra ley procesal vigente ha optado por el principio de variabilidad en cuanto a la calificación jurídica de los hechos.

NOVENO. Asimismo, el recurrente sostiene como agravio que la ley aplicable respecto al delito de lavado de activos sería la ley N° 27765, y no el Decreto Legislativo N.° 1106, pues aquella, según su criterio, es más favorable a sus intereses; no obstante, en el mismo sentido que el agravio precedente, este también no es de recibo, debido a que en un incidente de improcedencia de acción no puede discutirse qué ley es la aplicable a los hechos objeto de investigación. La discusión sobre la aplicación o no de la ley más favorable al procesado se dará en la oportunidad que corresponda. En este incidente solo es objeto de evaluación si los hechos constituyen delito o si estos son perseguibles penalmente. Otro aspecto es impertinente.

DÉCIMO. Expuestos así los aspectos normativos del presente incidente, se tiene que concluir que la recurrida de modo alguno ha vulnerado los principios de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia y debida motivación de la resoluciones judiciales, como alega el recurrente; por el contrario, se ha verificado que la resolución impugnada ha sido emitida de acuerdo a ley. En efecto, si se verifica que se ha cumplido con expresar las razones y los elementos de convicción que sustentan la decisión, se debe concluir que la recurrida ha sido motivada en forma razonable, dentro de los parámetros que exige el debido proceso y que de esa forma se ha materializado el contenido del inciso 5 del artículo 139 de nuestra Constitución. No debe obviarse que el Tribunal Constitucional ha señalado que la motivación se cumple cuando "la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada

de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica"[3], y que esta "debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada (debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de esta medida cautelar)"[4]. Así también ha precisado que la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y cuando por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos, los magistrados integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación del artículo 409 del CPP, **RESUELVEN:**

CONFIRMAR la Resolución N.° 5, de fecha veintiocho de junio de dos mil dieciocho, que declara infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el investigado José augusto Heighes Sousa en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias y otros en agravio del Estado. ***Notifíquese y devuélvase.–***

Sres.:

CASTAÑEDA OTSU SALINAS SICCHA BURGA ZAMORA

[3] Expediente N.° 1230-2002-HC/TC.
[4] Expediente N.° 0791-2002-HC/TC y 1091-2002-HC/TC.

PODER JUDICIAL

MOISÉS VALERIO ANCHAHUA MANTILLA
ESPECIALISTA JUDICIAL
Sala Penal Nacional de Apelaciones
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA