

La insuficiencia de prueba de cargo determina la absolución.

Sumilla. Cuando los datos existentes no son idóneos, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre el delito o la responsabilidad de un acusado, la insuficiencia de elementos incriminatorios conduce a la absolución.

Lima, diecinueve de julio de dos mil diecisiete

VISTOS: los recurso de nulidad formulados por la señora Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (folios setenta y seis mil ciento noventa y dos a setenta y seis mil doscientos siete), y el recurso de nulidad presentado por el señor Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción (folios setenta y seis mil ciento sesenta y nueve a setenta y seis mil ciento ochenta y ocho), con los recaudos adjuntos.

Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de siete de setiembre de dos mil quince (folios setenta y seis mil setenta y tres a setenta y seis mil ciento cincuenta y tres), emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en cuanto: **1) absolvió a: i)** don Vladimiro Montesinos Torres, don Fernando Melciades Zevallos Gonzáles, don Sergio Marcelo Fontanellas Bobo, don Daniel Eduardo Yabbur, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de **lavado de activos** proveniente del tráfico ilícito de drogas, en la **modalidad de actos de conversión y transferencia. ii)** don Lourdes Lucio Caballero Miguel, don Edgar Rene Ynuma Aquituari, don Jorge Miguel Torres Díaz, don Carlos Augusto Yaicate Sarmiento, don Arturo Arévalo Michi, don Salvador Benaun García, don José Luis Padilla Castro, doña Otilia Aldina Vela Alves de Fontanellas o doña Otilia Aldina Vela - Alves Milho, doña Milagros Vanessa Vela Alves Milho, doña Rosa

Elizabeth Utia Díaz y don Manuel Ítalo Vela Alves Milho; de la acusación fiscal formulada en su contra, por delito de **lavado de activos** proveniente del tráfico ilícito de drogas, en la **modalidad de actos de ocultamiento y tenencia**; en agravio del Estado. **2)** Dispuso se remita copia de las piezas pertinentes al Ministerio Público para los fines a que hubiera lugar.

2. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

2.1. El señor Fiscal Superior fundamentó el recurso de nulidad, respecto al extremo absolutorio en mérito a que:

2.1.1. Aunque en el transcurso del proceso no se llegó a obtener elementos de prueba con relación al delito de tráfico ilícito de drogas, los movimientos económicos entre las empresas constituidas y vinculadas por los encausados don Daniel Yabbur y don Sergio Fontanellas, reflejan una especie de préstamos entre empresas del mismo rubro o giro con movimientos de dinero no registrados o contabilizados oportunamente.

2.1.2. Existieron subvaluaciones en la adquisición de naves fluviales, que permitieron colegir el despliegue de la conducta de lavado de activos, tal como se corroboró con lo afirmado por don Jorge Chávez Montoya y don Oscar Benítez Linares, y se sostuvieron también en los informes periciales contables relacionados a las empresas de don Daniel Eduardo Yabbur y don Sergio Fontanellas Bobo, en la ciudad de Iquitos.

2.1.3. No hubo omisión probatoria en cuanto a las actividades ilícitas de Zevallos Gonzalez y Montesinos Torres, como sostuvo la recurrida, pues tales actividades fueron acreditadas con los con la declaración de Chávez Montoya, que permitió establecer el vínculo o nexo entre Montesinos Torres, Zevallos Gonzalez, Yabbur y Fontanellas Bobo.

2.1.4. Se detectaron actos de subvaluación en el grupo empresarial Fontanellas - Yabbur, no sustentado documentalmente, (ni en libros contables), según los informes cuarenta y siete, cuarenta

y ocho, cincuenta, cincuenta y uno del 12-2007-DIRANDRO PNP, y no solo cuantificando las sumas de dinero se puede establecer el lavado de activos que se efectuó, sino que también puede acreditarse con el tráfico financiero, así como el uso ilógico de las transacciones comerciales.

2.2. El señor Procurador Público fundamentó el recurso de nulidad, en el extremo absolutorio en mérito a que:

2.2.1. La Sala Superior incurrió en una interpretación contradictoria en torno al origen de dinero en el contexto de la ley N.º 27765, puesto que señaló que no es necesario que las actividades ilícitas que generaron el dinero, los bienes, efectos o ganancias se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Sin embargo en la sentencia se señaló que no se establecieron las circunstancias de entrega y transferencia, de cuatro millones de dólares que fueron objeto de conversión y/o transformación, mucho menos la vinculación de Montesinos y Zevallos, con los encausados Fontanellas Bobo y Daniel Yabbur.

2.2.2. La Ley N.º 27765, no enerva la necesidad de que en el curso del proceso se realice actividad probatoria, respecto al origen ilícito invocado. Por tanto no existe obligatoriedad, por expresa disposición de la norma, de establecer necesariamente el origen del dinero.

2.2.3. Se produjo inadecuada evaluación de las testimoniales de Chávez Montoya y Apti Magmadov, así como de los informes contables emitidos por los peritos de la DIRANDRO. En relación al testigo Chávez Montoya, no se tomó en cuenta que proporcionó diversos detalles de orden interno, que denotaban conocimiento sobre los hechos referidos; y su declaración fue brindada ante el juez instructor, por lo que no existió manipulación.

2.2.4. Hubo contradicción, en cuanto se afirmó que tuvo conocimiento de los hechos y el descarte de todo tipo de

manipulación en la declaración del testigo Chávez Montoya y luego la Sala Superior se desvinculó de esta proposición afirmativa y concluyó con el apartamiento de estos hechos o datos proporcionados por el testigo, ante la inexistencia de alguna circunstancia objetiva, respecto a la entrega de los cuatro millones de dólares.

2.2.5. Lo indicado por el testigo Chávez Montoya, se corroboró con la declaración del testigo Apti Mamadov, en cuanto afirmó que conoció a don Daniel Yabbur en España en el dos mil uno, al haberlo asistido como traductor por el periodo de un año y medio aproximadamente.

2.2.6. La Sala Superior sostuvo que no se estableció la vinculación causal entre las ganancias ilícitas obtenidas por los acusados Zevallos González y Montesinos Torres, como consecuencia de las actividades ilícitas por las que han sido condenados, con el capital utilizado para la constitución de las empresas del denominado grupo "Fontanellas-Yabbur"; pese a que el Colegiado reconoció las transferencias efectuadas al exterior realizadas desde las cuentas personales de don Daniel Yabbur a favor de don Jorge Alexander Eibner y don Sergio Hermida Núñez; circunstancias por las cuales el Colegiado Superior contradictoriamente dispuso la remisión de copias certificadas al Ministerio Público, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

3. SINOPSIS FÁCTICA DE LA IMPUTACIÓN

Según el sustento fáctico de la acusación y la requisitoria fiscal, se atribuyeron a los encausados la comisión de los siguientes ilícitos:

3.1. Lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas en la modalidad de actos de conversión y transferencia

3.1.1. Montesinos Torres del año mil novecientos noventa y ocho al dos mil y por don Zevallos González del año mil novecientos

noventa y ocho al dos mil seis, en condición de líder e integrante, respectivamente, de una organización criminal, entregaron conjuntamente a Fontanellas Bobo entre los años mil novecientos noventa y ocho al dos mil seis y a Yabbur, entre los años dos mil uno al dos mil cinco, [cabecillas de la organización criminal], la suma de US\$ 4 000 000.00, (cuatro millones de dólares) proveniente del tráfico ilícito de drogas, para la conformación de veintiocho empresas de fachada ubicadas en Iquitos, con la finalidad de ingresar el dinero al tráfico económico; actividad ilícita que, habría generado un patrimonio total ascendente a la suma de S/. 34 516 842. 75 (treinta y cuatro millones, quinientos dieciséis mil ochocientos cuarenta y dos soles con setenta y cinco céntimos); y habiendo constituido esas empresas con la finalidad de lavar dinero.

3.1.2. Las empresas en las que intervino el encausado **Fontanellas Bobo, fueron:**

- i) Como socio fundador:** Fon vel Sociedad de Responsabilidad Limitada, Amazon River Tours Sociedad de Responsabilidad Limitada, Amazon Pesca Sociedad de Responsabilidad Limitada, Naviera Mercury Sociedad de Responsabilidad Limitada y Trans Oceanic Sociedad de Responsabilidad Limitada;
- ii) Como gerente general:** Mercury Sociedad Anónima, Distribuidora Cide Sociedad Anónima Cerrada, Consorcio Mercurio del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada, Mercurio del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada, Naviera Ser Mar Sociedad de Responsabilidad Limitada, Naviera Mar Ser Sociedad de Responsabilidad Limitada, Consorcio Mercury del Amazonas Sociedad de Responsabilidad Limitada, Mercury Internacional del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada, comercializadora Mercury Sociedad Anónima Cerrada, Servicios Mercury Internacionales Sociedad Anónima Cerrada, Transportes Fluviales Mercury Selva Sociedad Anónima Cerrada, Servicios Mercurio Sociedad de Responsabilidad Limitada, consorcio Internacional Sociedad

de Responsabilidad Limitada e Iquitos Amazon Rours Sociedad de Responsabilidad Limitada;

iii) En copropiedad con Yabbur: Archen Perú y La Iquiteña Sociedad de Responsabilidad Limitada;

3.1.3. Tales empresas estuvieron conformadas por los propios trabajadores, muchos de ellos de escasos recursos; asimismo mediante peritajes contables se estableció subvaluación en la compra venta de bienes, actos de ocultamiento en el registro de la contabilidad, transferencias sucesivas de activos, cuentas por cobrar y cuentas por pagar vinculadas sin sustento documentario, contabilidad ficticia o paralela, desbalance económico y financiero, e inyecciones de capital para su constitución.

3.1.4. Las empresas en las que ha intervenido el encausado **Yabbur** fueron las siguientes:

i) Como Socio fundador: Naviera ARG PER Sociedad Anónima, ARG PER Forestal Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, ARG PER Equipos Sociedad Anónima, J.L. Zamora Suministros y Servicios Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada y Transportes Fluviales Mercurio Sociedad Anónima Cerrada.

ii) Socio fundador y Gerente General: Archen Perú Sociedad de Responsabilidad Limitada, La Iquiteña Sociedad de Responsabilidad Limitada, Industrial Río Amazonas Sociedad de Responsabilidad Limitada, Comercializadora Mercurio del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada y Mercurio del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada.

3.1.5. Determinándose con los Informes Contables de la DIRANDRO, un desbalance patrimonial, como aparece en el Banco Scotiabank, donde se registraron depósitos por la suma de un S/. 1,979 528.79, incluyendo órdenes de pago a través del banco e informado por dicha entidad la suma de S/. 628,428.43, y

fueron los beneficiarios don Jorge Alexander Eibner y don Sergio Hermida, desconociéndose el origen del dinero; también efectuó préstamos de dinero a la empresa Naviera ARG PER Sociedad Anónima, por la suma de S/. 1,075 882.00, que se consolidaron como aumento de capital en dicha empresa, en agosto del dos mil seis por conversión de obligaciones (cuentas divisas por pagar); habiéndose detectado respecto de las empresas que él gerencia actos de subvaluación, ocultamiento, transferencias sucesivas de activos de cuentas por cobrar y cuentas por pagar vinculadas sin sustento documentario, contabilidad ficticia o paralela, creación de empresas de fachada, desbalance económico y financiero, inyección de capitales en la constitución de empresas del grupo Fontanellas-Yabbur no sustentado documentalmente ni en libros contables.

3.2. Lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de actos de ocultamiento y tenencia, [artículo 2, e inciso b) del artículo 3 de la Ley 27765], se sostuvo que;

3.2.1. Don Lourdes Lucio Caballero Miguel entre el año mil novecientos noventa y ocho al dos mil seis, en su condición de contador público operativizó el funcionamiento de las empresas de "fachada" creadas por la organización criminal para el lavado de activos; intervino en la subvaluación en la compra venta de bienes -embarcaciones de transporte fluvial y otros-, actos de ocultamiento de registros en la contabilidad de la totalidad de operaciones comerciales, transferencias sucesivas de activos, contabilidad ficticia o paralela, creación de empresas de fachada, y desbalance económico y financiero.

3.2.2. Don Edgar Rene Ynuma Aquituari entre el año mil novecientos noventa y ocho al dos mil seis, facilitó su nombre para la constitución de empresas de "fachada"; (Naviera Ser Mar Sociedad de Responsabilidad Limitada, Naviera Mar Ser Sociedad de Responsabilidad Limitada, Consorcio Mercury del Amazonas Sociedad de Responsabilidad Limitada, Mercury Internacional del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada, Comercializadora Mercury Sociedad Anónima Cerrada,

Servicios Mercury Internacionales Sociedad Anónima Cerrada, Transportes Fluviales Mercury Selva Sociedad Anónima Cerrada, Servicios Mercurio Sociedad de Responsabilidad Limitada, Comercializadora Mercurio Internacionales Sociedad de Responsabilidad Limitada e Iquitos Amazon Tours Sociedad de Responsabilidad Limitada), con la finalidad de que contraten con la empresa PLUS PETROL del PERÚ, con sede en Iquitos a efecto de generar operaciones comerciales para legitimar dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas (lavado de activos). Asimismo las empresas Naviera Ser Mar Sociedad de Responsabilidad Limitada, Naviera Mar Ser Sociedad de Responsabilidad Limitada, Mercury Internacional del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada, en las que figura como socio fundador y accionista mayoritario; empresas en las que conforme al Informe Contable N° 48-12-2007-DIRANDRO se habrían realizado actos irregulares.

3.2.3. Don Jorge Miguel Torres Díaz, entre el año mil novecientos noventa y ocho al dos mil seis, facilitó su nombre para la constitución de empresas de "fachada"; Naviera ARG PER Sociedad Anónima, ARG PER Equipos Sociedad Anónima, Transportes Fluviales Mercurio Sociedad de Responsabilidad Limitada, Consorcio Mercurio del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada y Mercurio del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada, con la finalidad de realizar actividades de lavado de activos provenientes del Tráfico Ilícito de drogas, empresas en las que de acuerdo a los Informes Contables se habrían realizado actos de subvaluación en la compra y venta de bienes - embarcaciones de transporte fluvial y otros-, actos de ocultamiento en el registro de la contabilidad de la totalidad de operaciones comerciales, transferencias sucesivas de activos, cuentas por cobrar y por pagar sin sustento documental, contabilidad ficticia o paralela, entre otras.

3.2.4. Don Carlos Augusto Yaicate Sarmiento, entre el año mil novecientos noventa y ocho al dos mil seis, facilitó su nombre para la constitución de empresas de "fachada" (Naviera Ser Mar Sociedad de Responsabilidad Limitada, Naviera Mar Ser

Sociedad de Responsabilidad Limitada, Mercury Internacional del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada, Comercializadora Mercury Sociedad Anónima Cerrada, Servicios Mercury Internacional Sociedad Anónima Cerrada, Transportes Fluviales Mercury Selva Sociedad Anónima Cerrada, Servicios Mercurio Sociedad de Responsabilidad Limitada, Comercializadora Mercurio Internacionales Sociedad de Responsabilidad Limitada e Iquitos Amazon Tours Sociedad de Responsabilidad limitada), empresas que fueron creadas para generar operaciones comerciales y así legitimar dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas; así como haber cobrado cheques girados a su nombre, de cuentas pertenecientes a las empresas investigadas, para el pago de proveedores, así como haber transferido dinero al exterior (Argentina) en dos oportunidades cada una por la suma de un millón de dólares.

3.2.5. Don Arturo Arévalo Michi, entre el año mil novecientos noventa y ocho al dos mil seis, facilitó su nombre para la constitución de empresas de "fachada" (Naviera Mercury Sociedad Anónima Cerrada), otorgó poder a don Sergio Fontanellas para la gerencia y manejo de la empresa; asimismo en su condición de accionista minoritario de la empresa Amazon River Tours Sociedad de Responsabilidad Limitada, recibió de parte de Fontanellas Bobo poder para la comercialización de embarcaciones en representación de la sociedad.

3.2.6. Don Salvador Benaun García, el dos de octubre del año dos mil seis, reemplazó al encausado Fontanellas Bobo en el cargo de Gerente General de la empresa Mercurio del Amazonas Sociedad Anónima Cerrada, y dos días después, delegó poderes a Fontanellas Bobo para que asuma la administración de la empresa, en la cual se desarrollaron los actos irregulares que se detalló en el Informe Contable N° 49-12-2007 DIRANDRO; asimismo fue Gerente General de la empresa de "fachada" A & B Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, dedicada al comercio de combustible y lubricantes.

3.2.7. Don José Luis Padilla Castro, en el año dos mil cuatro, facilitó su nombre para la constitución de la empresa de "fachada" ARG PER Forestal Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, donde figura como socio accionista, (empresa creada para el lavado de dinero) habiendo desarrollado los actos detallados en el Informe Contable N° 50-12-2007-DIRANDRO.

3.2.8. Doña Otilia Aldina Vela Alves Milho, se le atribuyó que desde el año dos mil dos, producto de la disolución matrimonial con Sergio Fontanellas Bobo, recibió la embarcación "Marcelita" y el inmueble ubicado en Calle Requena número ciento setenta y ocho-lquitos; embarcaciones que fue transferida a la empresa Naviera Arg Per Sociedad Anónima, por la suma de trescientos mil dólares; asimismo, el dieciséis de abril del dos mil dos ingresó a la empresa Mercury Sociedad Anónima, como socia directora y co-propietaria, empresa a la que se inyectó dinero y/o capitales de origen desconocido, así como registró ingresos no justificados.

3.2.9. Doña Milagros Vanessa Vela Alves Milho, constituyó las empresas Naviera Aries Sociedad de Responsabilidad Limitada –veintitrés de julio del dos mil tres–, Mercury Sociedad Anónima –veintiuno de junio del dos mil–, Naviera Mercury Sociedad de Responsabilidad Limitada –veintitrés de marzo del dos mil–, en sociedad con Fontanellas Bobo, habiendo efectuado actos de disposición y transferencia de bienes como la compra de la empresa Amazon River Tours Sociedad de Responsabilidad Limitada -representada por Fontanellas Bobo-, y la embarcación fluvial "Marite" por la suma de US\$ 29 000,00 a su nombre, luego en marzo de dos mil tres, esta misma embarcación fue nuevamente vendida a Fon Vel Sociedad de Responsabilidad Limitada -representada por Fontanellas Bobo-, por la suma de US\$ 20 000,00 mediante transferencias sucesivas y subvaluación por US\$ 405 013,59 conforme al Informe Contable 24-07-07-DIRANDRO- PNP/EEIP-UTF, siendo su valor real US\$ 425 013.59 de acuerdo al Informe Pericial N° 2672-00/CM, realizado por la empresa Atlantic Inspección Sociedad Anónima.

3.2.10. Doña Rosa Elizabeth Utia Díaz, desde el año dos mil cuatro, facilitó su nombre, para constituir la empresa de “fachada” ARG PER Sociedad Anónima, con la finalidad de legitimar dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas; asimismo en su condición de directora de la indicada empresa favoreció a la organización criminal.

3.2.11. Don Manuel Ítalo Vela Alves Milho, desde el año mil novecientos noventa y ocho, participó conjuntamente con Fontanellas Bobo en la conformación de la empresa Fon Vel Sociedad de Responsabilidad Limitada, empresa que compró la embarcación “Marité” -hoy Marcelita- por la suma subvaluada de US\$ 40 498,00, toda vez que su valor real era de US\$ 52 498,12, conforme aparece en el Peritaje N° 2505-98/CM, elaborado por la empresa Atlantic Inspección Sociedad Anónima.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL

Mediante Dictamen N.º 610-2016 (folios ciento ochenta y cinco a doscientos tres del cuadernillo formado en la presente instancia), la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia impugnada.

Señaló que no se acreditó quienes contactaron y entregaron el dinero (primigeniamente se señalaba a don Edgar Benjamín Chirinos Medina y don Máximo Zadi Desme como hombres de confianza de Montesinos Torres y Zevallos Gonzalez y autores de la entrega dineraria), a don Daniel Eduardo Yabbur, y que no fue posible probar la realización de la supuesta e ilegal entrega dineraria, en razón que las declaraciones inculpativas de don Chávez Montoya y don Apti Magnadov al aplicárseles el canon de suficiencia probatoria, no fueron uniformes, ni coherentes ni estables en las tres sedes de investigación a los que fueron sometidos; por consiguiente, ante la inexistencia de un nexo causal o de un enlace preciso y directo, constituye causal de exclusión que alegó la Sala Superior, lo cual considera correcto.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO

1.1. Del principio del debido proceso y la motivación de resoluciones judiciales en el proceso penal

- 1.1.1.** Es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; así como el artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Estado peruano.
- 1.1.2.** El inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política vigente, precisa que las decisiones judiciales deben ser motivadas.
- 1.1.3.** El artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, señala que en la sentencia debe evaluarse el conjunto probatorio.
- 1.1.4.** El artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, establece que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia.
- 1.1.5.** El artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales señala el contenido de la sentencia condenatoria, entre ellas la apreciación de las pruebas en los que se fundan la culpabilidad.
- 1.1.6.** El Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, de treinta de septiembre de dos mil cinco, establece los requisitos de sindicación del coencausado, testigo o agraviado, con la finalidad de que sea ameritado como única prueba de cargo, capaz de desvirtuar la presunción de inocencia; siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones, por lo que se debe tener en cuenta la ausencia de incredulidad subjetiva, debiendo

descartarse relaciones basadas en el odio, resentimientos o enemistad; es decir, sentimientos que puedan condicionar una declaración contraria a la verdad; verosimilitud, es decir, no solo coherencia y solidez de la propia declaración, sino la corroboración periférica; persistencia en la incriminación, aunque el cambio de versión no necesariamente inhabilita la apreciación judicial de la declaración.

- 1.1.7.** El Tribunal Constitucional señaló que el contenido del derecho a la presunción de inocencia comprende *"que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar tal presunción"*¹
- 1.1.8.** En Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número tres mil cuarenta y cuatro-dos mil cuatro, de uno de diciembre de dos mil cuatro se señaló *"[...] el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones [que el Tribunal debe precisar cumplidamente], que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción, que lo dicho después en el juicio oral [...]"*.
- 1.1.9.** La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad número dos mil trescientos cincuenta y ocho - dos mil nueve, Lima, del veintiuno de diciembre del dos mil nueve en su fundamento Tercero señaló *"[...] Emitido el auto de sobreseimiento, el control impugnativo se circunscribe a estrictos límites residenciados en la presencia o no de indefensión de la víctima; es decir, si su derecho de defensa procesal, protegido constitucionalmente por el artículo ciento treinta y nueve inciso catorce de la ley fundamental ha sido o no vulnerado con motivo del*

¹ Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en el Exp. N.º 10107-2005-HC/TC del dieciocho de enero del dos mil seis, fundamento Jurídico N.º 5; y en el Exp. N.º 618-2005-HC/TC de -del ocho de marzo del dos mil cinco, fundamento jurídico N.º 22.

procedimiento incoado o del contenido estructural del auto de sobreseimiento.

1.2. Del principio acusatorio y principio jerárquica institucional

- 1.2.1.** El inciso cinco, del artículo ciento cincuenta y nueve, de la Constitución Política del Perú, señala que corresponde al Ministerio Público, como titular de la acción penal, la persecución del delito.
- 1.2.2.** El artículo catorce del Decreto Legislativo N.º 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba, mientras que el artículo once de la indicada Ley, regula que el Ministerio Público es el titular de la acción penal.
- 1.2.3.** El artículo cinco, del decreto antes citado, establece la autonomía del Ministerio Público, señalando que es un cuerpo jerárquicamente organizado; por lo que los fiscales deben sujetarse a las instrucciones que puedan impartirles sus superiores.
- 1.2.4.** En la sentencia recaída en el Expediente número dos mil cinco-cientos mil seis-PHC/TC, el Tribunal Constitucional precisa que: "[...] en caso el fiscal decida no acusar, y dicha resolución sea ratificada por el Fiscal Supremo (en proceso ordinario) o por el Fiscal Superior (proceso sumario) al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin".
- 1.2.5.** Igualmente, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2920-2012-PHC/TC el Tribunal Constitucional, puntualizó que: "[...] en aplicación del precitado artículo 5, de la LOMP, cuando un actuado llega a conocimiento del fiscal superior o supremo, es el criterio de éste el que debe primar sobre el criterio de los fiscales de menor jerarquía".

1.3. Del delito de lavado de activos

- 1.3.1.** El artículo 1, de la ley N.º 27765², tipifica el delito de lavado de activos, en la modalidad de actos de conversión y transferencia, y castiga a quien convierte o transfiere 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, con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.
- 1.3.2.** El artículo 2, de la ley N.º 27765, tipifica el delito de lavado de activos en la modalidad de actos ocultamiento o tenencia, y especifica las conductas, el que adquirir, utilizar, guardar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder dinero, bienes, efecto o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso señalando que será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.
- 1.3.3.** El inciso b) del artículo 3, de la ley N.º 27765, señala como agravante si el agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal, por lo cual la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.
- 1.3.4.** En el fundamento trece, del Acuerdo Plenario número tres-dos mil diez, se señala que en el delito de lavado de activos existe una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. *“Los actos de*

² Modificada vía Decreto Legislativo N.º 986, el veintidós de julio de dos mil siete; y derogada, por Disposición Complementaria Derogatoria Única del decreto Legislativo 1106, publicado en el diario “El Peruano” el diecinueve de abril de dos mil doce.

colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente, en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales. Esta dimensión pluriofensiva es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley N° 27765".

1.3.5. En el fundamento catorce, del Acuerdo Plenario número tres-dos mil diez, respecto al sujeto activo se señala que "[...] Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o partícipes, del delito que generó el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones de lavado de activos. La clásica noción de agotamiento no excluye la configuración de un delito de lavado de activos y no es compatible con la aludida dinámica funcional o el modus operandi de tal ilícito. [...]".

1.3.6. El fundamento número quince, del Acuerdo Plenario número tres-dos mil diez, estableció que los actos de conversión, transferencia ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita para la consumación del delito requiere, necesariamente, verificar si el agente logró con tales conductas, cuando menos momentáneamente, dificultar la identificación de su ilícito origen.

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

Impugnación del Ministerio Público

2.1. En atención a lo precisado en el sustento normativo de la presente Ejecutoria, es el Ministerio Público el órgano al que la Constitución ha encomendado la función persecutoria,

destinada a la aplicación del Derecho Penal a los infractores de las normas jurídico penales; es trascendente observar los alcances del proceso penal esencialmente acusatorio, que se han fijado al atribuir a la fiscalía la titularidad de la acción penal en régimen de monopolio³.

2.2. Es claro que el sistema acusatorio exige que alguien inste la constitución de un proceso penal, que la actividad persecutora del delito se promueva externamente al propio Poder Judicial y que, por tanto, queden separadas las funciones de acusar y juzgar; si bien el Ministerio Público es un órgano estatal que desarrolla una función pública, ello permite diferenciar, al interior del Estado, esas dos funciones y evitar que un mismo órgano concentre ambos roles⁴.

2.3. De manera tal que interpuesto el recurso impugnatorio por el Fiscal Superior contra la sentencia absolutoria, la viabilidad de ésta dependerá del criterio adoptado por el Superior en grado. Si no acepta su pretensión impugnativa, el recurso del inferior decae automáticamente⁵. La razón radica en la estructura orgánica a la que está sujeto el Ministerio Público, cuyas bases están estructuradas por el Principio de Jerarquía. En tal sentido,

³ Cabe precisar que uno de los principios que rige la actuación del Ministerio Público es el de jerarquía; del que deriva que se trata de una institución jerárquicamente organizada (así lo indica su ley orgánica), lo que se traduce en un sistema de instrucciones generales y específicas para el correcto ejercicio de las funciones; existe, entonces, una relación de jerarquía que conlleva dos consecuencias fundamentales: a) La posibilidad de que el superior controle la actuación del fiscal de cargo inferior, del que es responsable. b) El deber de obediencia de los subordinados respecto de aquel; lo que se traduce en dos formas de control: 1) El conocimiento de los casos que conoce el superior en grado, donde la orden de este ha de cumplirse. 2) A través de las instrucciones que se impartan de manera general, sea mediante la expedición de circulares o directivas que, en suma, lo que buscan no es sino una actuación uniforme de los miembros del Ministerio Público. Tomado de SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Ed. Idemsa, 2004, pág. 137.

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Segunda edición. Lima: Editorial Grijley. 2003, págs. 234 y 235.

⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal Lecciones*; Fondos Editoriales INPECCP y CENALES; 2015; pág. 210.

en el caso bajo análisis prevalecerá la opinión del Fiscal Supremo, tanto más si se trata del máximo representante del Ministerio Público en el proceso penal, debiéndose desestimar por consiguiente, los agravios expuestos por el Fiscal Superior, no siendo posible, expresar mayor fundamento al respecto.

Impugnación de la Parte Civil

2.4. El ordenamiento legal peruano dota de facultades a cada uno de los sujetos procesales intervinientes en un proceso penal. Con relación a la parte civil, el artículo 57º, del Código de Procedimientos Penales, delimita el desenvolvimiento de la Parte Civil de cara al proceso. En efecto, no solo le brinda facultades, sino también señala que *"No le está permitido pedir o referirse a la sanción penal"*; esta restricción es una consecuencia directa de la división funcional dentro del proceso penal, en la que el Ministerio Público está a cargo fundamentalmente de probar el objeto penal del proceso y la parte civil de su objeto civil. Pero en el sistema procesal antiguo, el objeto civil que se incorpora al proceso penal, como consecuencia de la voluntad expresa del agraviado, depende de la subsistencia del objeto penal. En tal virtud, estando frente a una sentencia absolutoria, cuya conformidad ha sido expresada por el Fiscal Supremo; ello permite afirmar que la acción persecutoria del delito, en este extremo, ha fenecido, pues el único facultado para ejercerla, se ha mostrado conforme con la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional sentenciador; de manera tal que encontrándose limitado el ámbito de acción de la Parte Civil, su pretensión no podría tener acogida por este Tribunal Supremo.

2.5. Sin embargo, lo expresado en el considerando precedente, no es de total exclusión, pues emitida la sentencia absolutoria, el control impugnativo se circunscribe en estrictos términos a verificar la indefensión en la víctima, es decir, si su derecho de defensa procesal, protegido constitucionalmente por el artículo 139º, numeral 14), de la Constitución del Estado, ha sido vulnerado con motivo del procedimiento incoado o del

contenido estructural de la sentencia condenatoria.⁶ No obstante y siempre sobre la línea del respeto a las garantías constitucionales de las que se encuentra revestido el proceso penal, este Supremo Tribunal en tanto órgano revisor, ha de verificar si la sentencia impugnada se encuentra suficientemente motivada, pues es de imperativo legal que todos los Jueces, cualquiera sea la instancia, den respuesta razonada a sus decisiones.

2.6. Del escrito de impugnación se aprecia que uno de los agravios sostenidos por la parte civil fue que la recurrida incurrió en interpretación contradictoria, puesto que no se establecieron las circunstancias de entrega y transferencia de los cuatro millones de dólares que fueron objeto de conversión o transformación y en la ley N.º 27765, se indica que es innecesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, estén en investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Al respecto no existe contradicción en la conclusión adoptada por la Sala Superior puesto que la modalidad de conversión transferencia, tiene como verbos rectores el “convertir”, “transferir”, dinero o ganancias, actos que deben de ser probados para determinar la existencia de lavado de activos –verificar si el agente logró tales conductas⁷–, lo cual es distinto de probar las actividades ilícitas que produjeron el dinero o ganancias, ya que es innecesario que exista una investigación conforme lo indica el tercer párrafo del artículo sexto de la normativa antes citada.

2.7. Por otro lado, existió –según se dice– inadecuada valoración de las testimoniales de don Jorge Chávez Montoya, al respecto el testigo antes referido dijo que conoció a Montesinos Torres, Yabbur y Fontanellas Bobo por intermedio de don Edgar Chirinos, quien a fines del año mil novecientos noventa, le indicó que

⁶ En concordancia con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Ejecutoria Suprema N.º 2358 – 2009-LIMA, del veintiuno de diciembre de dos mil nueve.

⁷ Fundamento número quince, del Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CJ-116.

debía entregar cupos a Montesinos Torres, sin embargo en juicio oral (sesión vigésimo séptima de los folios setenta y dos mil ciento veintisiete), Chávez Montoya negó que el encausado Zevallos Gonzalez hubiera tenido participación en el blanqueo de dinero procedente del narcotráfico, por tanto se retractó de lo indicado en sede judicial, y agregó que fue inducido a declarar en aquella forma a fin de obtener su libertad.

- 2.8.** Asimismo, el Colegiado Superior, indicó que lo señalado por el testigo Chávez Montoya, no aportó hecho, dato o alguna circunstancia objetiva concreta respecto de la entrega de los cuatro millones de dólares a los acusados Fontanellas Bobo y Yabbur, aunado a ello no fue corroborado por algún elemento periférico que lo acredite⁸.
- 2.9.** Por tanto la postura adoptada por el colegiado superior, no es contradictoria ya que lo indicado por el indicado testigo primigeniamente no se corroboró con medio periférico conforme a lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005-CJ-116 de treinta de setiembre del dos mil cinco. (ver apartado 1.1.6 del sustento normativo).
- 2.10.** Del igual modo, el actor civil señaló que existió inadecuada valoración de las declaraciones del testigo don Apti Magmado, quien a escala preliminar (folios quinientos ochenta y cuatro a quinientos ochenta y nueve) manifestó haber conocido en España a Daniel Eduardo Yabbur a quien su tío –Borz Ali Ismailov– le remitió mediante transferencia bancaria un total de quinientos mil dólares para actividades vinculadas con la extracción de madera, y puntualizó: *“tengo conocimiento que Fernando Melciades Zevallos González desarrollaba actividades de Tráfico ilícito de Drogas, y sus utilidades eran entregadas a Vladimiro Montesinos Torres, quien a su vez entregaba a los argentinos Daniel Eduardo Yabbur y Sergio Marcelo Fontanellas Bobo, para que lo hagan ingresar al circuito económico comercial mediante la creación de empresas”*. Sin embargo al declarar a escala

⁸ Ver acápite 1.1.8., del sustento normativo.

judicial (folios sesenta mil ochocientos sesenta a sesenta mil novecientos cuatro) indicó que no le consta actividades de lavado de activos, y que en España, en el año dos mil dos, el encausado Yabbur, le indicó que había comenzado a trabajar con Chirinos y "gente fuerte" del Perú, también señaló que el dinero que mandó su tío a Yabbur y a Fontanellas, era para que formen empresas; desconoció que recibieron dinero de otras personas, y precisó que tuvo conocimiento de los hechos solo por televisión, además de haberlo leído en periódicos.

2.11. Con las declaraciones antes referidas, el Colegiado Superior señaló que faltó solidez para acreditar la existencia del vínculo entre los acusados Montesinos Torres y Zevallos Gonzalez, y no se evidenció conocimiento directo sobre los hechos que se atribuyeron a los encausados, que lo indicado se trató de una inferencia derivada por conocimiento de los medios y de la información brindada por su tío don Borz Ali Ismailov. Por tanto, de lo indicado por el testigo, tampoco se puede inferir la vinculación de los encausados con el delito de lavado de activos, aunado a que se tomó en cuenta la declaración de don Borz Ali Ismailov quien en su declaración no mencionó que el encausado Yabbur esté involucrado en actividades de tráfico ilícito de drogas y que tenga vínculos con los encausados Zevallos González y Montesinos Torres, por tanto las declaraciones del testigo don Apti Magmadow no fueron corroboradas mínimamente con la declaración de su tío don Borz Ali Ismailov.

2.12. En ese sentido obra en autos el Movimiento migratorio de don Apti Magmadow (folios cincuenta y cuatro mil trescientos ochenta y nueve, tomo ochenta y cinco), con que se acreditó que el testigo ingresó al Perú en el año dos mil cinco, es decir cuando la mayoría de las empresas del grupo Fontanellas-Yabbur fueron constituidas, lo que restó credibilidad a lo indicado por el testigo.

2.13. El actor civil, señaló que la recurrida concluyó que no se estableció vinculación entre las ganancias ilícitas obtenidas por

los acusados Zevallos Gonzalez y Montesinos Torres, pero reconoció que existieron transferencias bancarias, lo que resultaría contradictorio. Lo indicado por la Sala Superior resulta coherente, dado que las transferencias bancarias están referidas a las efectuadas por el encausado don Daniel Yabbur a favor de don Alexander Eibmer y don Sergio Hermida Nuñez, y que desde las cuentas personales de Yabbur se remitió al exterior importantes sumas de operaciones, las cuales no fueron justificadas y no se probó que estas provengan de las ganancias ilícitas obtenidas por los encausados Zevallos y Montesinos.

2.14. Cabe precisar que conforme se aprecia de la sentencia absolutoria, en el extremo de la evaluación probatoria, también se tomó en cuenta que en la investigación preliminar, se realizaron trece informes por los peritos contables de la DIRANDRO, de los cuales tres están referidos a los aportes para la constitución de empresas, pero son incompletos puesto no se incorporó información bancaria referida al levantamiento del secreto bancario de los productos registrados a nombre del grupo Fontanellas-Yabbur, por tanto no contienen conclusiones definitivas de las que objetivamente se pueda inferir que involucren la traslación de dominio, posesión o tenencia de dinero de procedencia lícita.

2.15. Asimismo, se valoraron las declaraciones de los testigos doña María Angélica Arce Guerrero y doña Matilde Pinchi Pinchi, en su condición de secretaria y asistente de Montesinos Torres, quienes señalaron no conocer, a Fontanellas Bobo, ni a Yabbur, así como tampoco a Zevallos. Por tanto en el transcurso de proceso no se precisó cuál fue la vinculación entre Fontanellas y Yabbur, ni la modalidad que Montesinos y Zevallos habría empleado para colocar o movilizar los cuatro millones de dólares para la constitución de las empresas. (solo sindicó que fueron a través de personas de su confianza) lo que tampoco fue probado. Por lo cual los datos existentes no son idóneos, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre el delito o la responsabilidad de un acusado, existiendo insuficiencia de elementos incriminatorios.

2.16. La garantía fundamental de presunción de inocencia se encuentra reconocida en el literal "e" del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado, pero que sólo puede emitirse una condena cuando el despliegue de la actividad probatoria ha sido suficiente y eficiente para que genere en el Juzgador certeza plena de la responsabilidad penal del procesado⁹; por lo que dada la situación procesal la recurrida se encuentra conforme a derecho.

DECISIÓN

Por ello, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, **ACORDARON:**

DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia de siete de setiembre de dos mil quince, emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en cuanto absolvió a: **i)** don Vladimiro Montesinos Torres, don Fernando Melciades Zevallos González, don Sergio Marcelo Fontanellas Bobo, don Daniel Eduardo Yabbur, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de **lavado de activos** proveniente del tráfico ilícito de drogas, en la **modalidad de actos de conversión y transferencia**. **ii)** don Lourdes Lucio Caballero Miguel, don Edgar Rene Ynuma Aquituari, don Jorge Miguel Torres Díaz, don Carlos Augusto Yaicate Sarmiento, don Arturo Arévalo Michi, don Salvador Benaun García, don José Luis Padilla Castro, doña Otilia Aldina Vela Alves Milho, doña Milagros Vanessa Vela Alves Milho, doña Rosa Elizabeth Utia Díaz y don Manuel Ítalo Vela Alves Milho; de la acusación fiscal formulada en su contra, por delito de **lavado de activos** proveniente del tráfico ilícito de drogas, en la **modalidad de actos de ocultamiento y tenencia**; en agravio del Estado y que dispuso se remita copia de las piezas pertinentes al Ministerio Público para los fines a que hubiera lugar. Interviene la doctora Chávez Mella, por impedimento de la doctora Barrios

⁹ Ver postulado afirmado por el Tribunal Constitucional en el apartado 1.1.7. del sustento normativo de esta Ejecutoria



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 3034-2015
LIMA**

Alvarado, interviene el doctor Cevallos Vegas por impedimento del doctor Prado Saldarriaga.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SALAS ARENAS

PRINCIPE TRUJILLO

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

JS/pvcp