



SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES COLEGIADO A

Expediente : 00015-2018-5-5201-JR-PE-02
Jueces superiores : Salinas Siccha / **Guillermo Piscoya** / Burga Zamora
Ministerio Público : Tercera Fiscalía Superior Nacional Especializada en
Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio
Imputados : Marcos de Moura Wanderley y otros
Delitos : Lavado de activos
Agraviado : El Estado
Especialista judicial : Liz Judith Boza Quilca
Materia : Apelación del auto de levantamiento del secreto
bancario, reserva tributaria y bursátil

Sumilla: Medidas restrictivas de derechos (levantamiento de secreto bancario, reserva tributaria y bursátil)

Conforme al artículo 203.2 del CPP, la regla general para la adopción de medidas restrictivas de derechos consiste en que estas se decidan en forma **inmediata y sin trámite alguno**. La excepción aparece cuando existe una *norma específica* que autorice lo contrario.

En el presente caso, el artículo 16 de la Ley N.º 30077 y el artículo 235.1 del CPP no contienen dicha excepción, por el contrario, reafirman que tales medidas deben resolverse de forma inmediata, reservada y sin trámite alguno, es decir, *inaudita pars*, a fin de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la finalidad de estas.

Resolución N.º 2
Lima, once de octubre
de dos mil dieciocho

AUTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, los recursos de apelación interpuestos por las personas jurídicas **Constructora Panorama S. A.** y **Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú**, y la defensa del investigado **Marcos de Moura Wanderley**, contra la Resolución N.º 1, de fecha 26 de febrero de 2018, emitida por el juez del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que resolvió declarar fundado el requerimiento fiscal y, en consecuencia, autorizó el levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil de los recurrentes, en la investigación que se les sigue por la presunta comisión del delito de lavado de activos en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior **GUILLERMO PISCOYA**, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha 19 de febrero del año en curso, el Cuarto Despacho de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio solicitó autorización para el levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil del período comprendido entre el 1 de mayo de 2006 y el 31 de diciembre de 2014 contra Marcos de Moura Wanderley y otros en el proceso penal que se les sigue por la presunta comisión del delito de lavado de activos.

1.2 El juez del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante la Resolución N.º 1, de fecha 26 de febrero de 2018, resolvió declarar fundado el requerimiento formulado por el fiscal, autorizando el levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil del período comprendido entre el 1 de mayo de 2006 y 31 de diciembre de 2014.

1.3 Posteriormente, con fecha 10 de septiembre de 2018, las personas jurídicas Constructora Panorama S. A. y Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú, y la defensa del investigado Marcos de Moura Wanderley impugnaron la decisión de primera instancia; el juez concedió los recursos de apelación y elevó el cuaderno respectivo a esta Sala Superior, la misma que por Resolución N.º 01, del 25 de septiembre de 2018, señaló como fecha de audiencia el día 28 del mismo mes y año.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Conforme se aprecia en la resolución venida en grado, el juez, con relación a la solicitud del levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, sustentó su decisión en los siguientes fundamentos:

2.1.1 Realizado un análisis de los fundamentos y anexos del requerimiento fiscal, el juez establece la existencia de un caso probable, dado que el fiscal precisó y fundamentó, fácticamente, las bases de la imputación que justifican la medida solicitada.

2.1.2 Del mismo modo, señaló que se cumplió con identificar a las personas implicadas en la investigación y se adjuntaron los elementos de convicción para sustentar la legitimidad de la medida. En ese sentido sostuvo que del Informe Pericial N.º 004-2016-RVV-P/REPEF, el fiscal advierte el cobro de \$ 1 188 707.31 al Estado peruano por volúmenes de corte (excavaciones) que nunca fueron ejecutadas en el sector denominado "Dedo de Dios", Tramo 4 de la Carretera Interoceánica Sur Perú-Brasil, monto que habría sido sobrevalorado y del cual se habría beneficiado el concesionario Intersur Concesiones S. A., porque dicho monto ingresó en sus cuentas bancarias y en la de los investigados (personas naturales y jurídicas).

2.1.3 Por otro lado, consideró que la medida es *idónea*, porque permite conocer los movimientos financieros de las personas investigadas, operaciones bursátiles



realizadas, declaraciones ante la SUNAT y la coincidencia con sus actividades económicas.

2.1.4 Asimismo, estimó que la medida era *necesaria*, porque no existe otra medida menos gravosa que cumpla con la finalidad de obtener los datos exactos de las operaciones financieras y tributarias de las personas implicadas en la investigación, resaltando que el Ministerio Público indicó que a pesar de haber requerido información a instituciones públicas y privadas, no ha obtenido respuesta y, en otros casos, le han exigido resolución judicial autoritativa.

2.1.5 Consideró que dada la naturaleza grave del delito de lavado de activos que se investiga, proveniente de un hecho de corrupción de funcionarios y vinculado a una organización criminal con trascendencia internacional, la medida solicitada es estrictamente *proporcional*, pues no existe una medida menos gravosa a los derechos a restringir, que brinde la información necesaria para alcanzar el fin de la investigación.

2.1.6 Finalmente, debido al estadio de la investigación y a la naturaleza grave del delito, determinó la resolución reservada del requerimiento de la medida y sin trámite alguno, por cuanto el correr traslado y propiciar una audiencia conllevaría a alertar a la persona afectada con la medida, así también a que se hubiera frustrado su eficacia, seguridad e intangibilidad.

III. ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

§ 1. AGRAVIOS EXPUESTOS POR LAS DEFENSAS DE LAS EMPRESAS CONSTRUCTORA PANORAMA S. A. Y ANDRADE GUTIÉRREZ ENGENHARIA S. A. SUCURSAL DEL PERÚ

En la fundamentación de sus recursos, así como en audiencia, las defensas técnicas de las empresas Constructora Panorama S. A. y Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú formularon tres pretensiones con relación a la resolución impugnada: **i) pretensión principal: nulidad, ii) pretensión subordinada: revocatoria, y iii) pretensión accesoria: exclusión de información.**

3.1 La **pretensión de nulidad** la sustenta en la vulneración del derecho constitucional al debido proceso y al derecho de motivación de resoluciones, señalando dos agravios:

El primero, por haberse concedido restricciones de derechos, *inaudita pars*, esto es, sin traslado ni intervención de los sujetos procesales a pesar de no existir **riesgo fundado de pérdida de la finalidad de la medida**, es más, sin que el fiscal haya postulado o fundamentado dicho riesgo o solicitado que el trámite del pedido sea *inaudita pars*.

El segundo, por haberse concedido restricciones de derechos sin motivar cómo así debería autorizarse el levantamiento de la información protegida de las empresas Constructora Panorama S. A. y Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú.



3.2 Por otro lado, respecto de la **pretensión revocatoria**, fundamentó como agravio la falta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida conforme a los elementos de convicción descritos en la resolución impugnada.

3.3 Finalmente, formula como **pretensión accesoria**, a las pretensiones antes desarrolladas, la **exclusión** de información de la Constructora Panorama S. A. y Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú, por devenir en prueba ilícita.

§ 2. AGRAVIOS EXPUESTOS POR LA DEFENSA DE MARCOS DE MOURA WANDERLEY

La defensa técnica de Marcos de Moura Wanderley, en la fundamentación de su recurso, así como en la audiencia, solicitó se *revoque* el auto apelado, exponiendo los siguientes *agravios*:

3.4 La vulneración del principio del debido proceso ante la inexistencia de la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales, al no desarrollarse el test de prueba indiciaria que vincule a su patrocinado con el delito de lavado de activos.

3.5. La vulneración del debido proceso por la inaplicación del test del principio de proporcionalidad, en la aplicación de la medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos.

IV. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 El señor fiscal superior solicita se confirme la resolución venida en grado, pues refiere en relación a lo argumentado por la defensa de **Constructora Panorama S. A. y Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú**, que sí existe un riesgo fundado de la pérdida de la finalidad de la medida, idoneidad, necesidad, proporcionalidad y fundamentación (interna y externa).

4.2 Precisa que el artículo 203.2 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) prescribe que el Ministerio Público debe motivar sus requerimientos y que el juez de la investigación preliminar decidirá inmediatamente, sin trámite alguno, **salvo que existiera una norma específica** indicando la necesidad de correr el traslado a los demás sujetos procesales. En ese orden de ideas, sostiene que el artículo 235 del CPP establece la posibilidad de que el juez de investigación preparatoria ordene con reserva y sin trámite alguno el levantamiento del secreto bancario cuando sea necesario y pertinente. En tal sentido, no establece que se corra traslado en tanto se trata de una medida de investigación que requiere de inmediatez.

4.3 Por otro lado, argumenta, que en función de la carga dinámica de la prueba, es a los investigados a quienes les corresponde probar, pues son los únicos que conocen de los movimientos bancario y económico, de la transferencia de dinero y otros aspectos. Por lo tanto, tienen una posición superior a la del Ministerio Público.

4.4 Respecto de la *idoneidad* de la medida, refiere que el levantamiento del secreto bancario es un acto de investigación y que el artículo 16 de la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado, establece como protocolo de diligencia que el juez



pueda ordenar en forma reservada e inmediata el levantamiento del secreto bancario, previa solicitud. Esto permitiría tomar conocimiento del movimiento y los depósitos de más de un millón de dólares, planteados en la teoría del caso.

4.5 En cuanto a la *razonabilidad* de la medida, alega que es posible que desde estas cuentas se hayan hecho transferencias a las cuentas de los funcionarios y políticos, en favor de quienes se pagaron las "coimas" para obtener la buena pro de diversas obras públicas. Por ende, se estaría frente a un delito de lavado de activos proveniente presuntamente del delito de corrupción de funcionarios.

4.6 Por otro lado, con relación a lo sostenido por la defensa de **Marcos de Moura Wanderley**, enfatiza que el debate versa en torno al requerimiento de una medida de investigación, por lo que sería suficiente que el hecho investigado tenga las características de delito y que se encuentre en diligencias preliminares. En ese orden de ideas, no se requiere de una sospecha grave.

En consecuencia, solicita se declaren infundados los recursos de apelación interpuestos por las personas jurídicas Constructora Panorama S. A. y Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú, y por el investigado Marcos de Moura Wanderley.

V. TEMA MATERIA DE CONTROVERSIA Y OBJETO DE DECISIÓN

Conforme a los agravios expresados por el recurrente, corresponde a esta Sala Superior Penal determinar si la Resolución N.º 1, de fecha 26 de febrero de 2018, se encuentra adecuadamente motivada o si ha vulnerado el derecho al debido proceso con relación a lo siguiente: i) riesgo fundado de la pérdida de la finalidad de la medida y ii) test de proporcionalidad.

VI. RAZONES QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN

§ 1. NORMATIVIDAD APLICABLE

PRIMERO: La Ley N.º 30077, Ley Contra el Crimen Organizado, establece en su artículo 16 que el juez, a solicitud del fiscal, puede ordenar, **de forma reservada y de forma inmediata**, el levantamiento del *secreto bancario* o de la *reserva tributaria*, conforme a lo establecido por el CPP aprobado por Decreto Legislativo N.º 957.

Del mismo modo, prescribe que puede ordenar que se remita información sobre cualquier tipo de *movimiento u operación bursátil*, según lo establecido en el Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores, en la medida en que pudiera resultar útil para la investigación.

SEGUNDO: El artículo 235.1 del CPP establece en relación al levantamiento del secreto bancario, que el juez de la investigación preparatoria, a solicitud del fiscal, podrá ordenar, **reservadamente y sin trámite alguno**, esta medida, cuando sea necesaria y pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.



Así también, la Ley N.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en su artículo 143.1, prescribe que el *secreto bancario* **no rige cuando la información sea requerida por los jueces y tribunales** en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.

TERCERO: Por otro lado, el artículo 236.1 del CPP prevé que el juez, a pedido del fiscal, **podrá levantar la reserva tributaria** y requerir a la Administración Tributaria la exhibición o remisión de información, documentos y declaraciones de carácter tributario que tenga en su poder, cuando resulte necesario y sea pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.

CUARTO: El artículo 47.a del Decreto Legislativo N.º 861, Ley del Mercado de Valores, establece que el deber de *reserva bursátil* **no opera cuando medien pedidos formulados por los jueces, tribunales y fiscales** en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso o investigación determinados, en el que sea parte la persona a la que se contrae la solicitud.

§ 2. SOBRE LOS HECHOS QUE SE INVESTIGAN

QUINTO: En este punto, debemos destacar que de las disposiciones fiscales N.º 1 de fecha 17 de agosto de 2016, y N.º 1, del 20 de febrero de 2017 –que dicho sea de paso, si bien no son elementos de convicción, sí sirven para delimitación de los hechos–, se está investigando en sede preliminar a doce personas naturales y ocho personas jurídicas vinculadas a ellos, que habrían utilizado el sistema financiero para efectuar una serie de transacciones bancarias, presumiéndose que el pago producto de la sobrevaloración de costos en el sector denominado “Dedo de Dios”, ascendente a la suma de \$ 1 188 707.31, habría sido depositada a las cuentas bancarias de la empresa Intersur Concesiones S. A. Del mismo modo, de estas cuentas, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, incautación o decomiso, es posible que se hayan hecho transferencias a las cuentas de funcionarios y políticos en favor de quienes se habrían pagado las “coimas” para obtener la buena pro de diversas obras públicas, e incluso, con la intención de dificultar más el origen ilícito de estas ganancias, es posible que primigeniamente se hayan hecho transferencias a cuentas en el extranjero, a cuentas de empresas offshore o paraísos fiscales, para luego ser reinsertadas en nuestro sistema financiero.

Es por esta razón que la Fiscalía, a través de las medidas solicitadas, pretende identificar operaciones sospechosas que orienten mejor la investigación y conocer el trayecto y destino de \$ 1 188 707.31, y de esa forma, conocer las transacciones bancarias realizadas por los investigados, sus cuentas de ahorros, cuentas corrientes, depósitos a plazos, préstamos bancarios y otras transacciones que hagan notar los indicios de la comisión del delito de lavado de activos.



§ 3. SOBRE LOS AGRAVIOS EXPUESTOS POR LAS EMPRESAS CONSTRUCTORA PANORAMA S. A. Y ANDRADE GUTIÉRREZ ENGENHARIA S. A. SUCURSAL DEL PERÚ

§ 3.1 SOBRE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD

SEXTO: La nulidad de un acto procesal implica que el mismo se encontraba viciado y, por tanto, debe dejar de existir en el ordenamiento jurídico; así, en atención a la gravedad de la causa de nulidad, es que se puede hablar de nulidades absolutas y de nulidades relativas. La diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que origina a la nulidad: si se trata de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontramos frente a una nulidad relativa; por el contrario, si nos hallamos frente a vicios muy graves, no convalidables, nos encontramos frente a la nulidad absoluta.

Al respecto, cabe acotar que los supuestos de nulidad absoluta están regulados en el artículo 150 del CPP y puede ser declarada aun de oficio. Conforme al literal d) del citado artículo, es legítimo fundar una nulidad procesal absoluta por infracción del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, y ello ocurre cuando el vicio que afecta al acto procesal influye de manera decisiva sobre la resolución objeto de cuestionamiento.

SÉPTIMO: Uno de los agravios expuestos por la defensa de las personas jurídicas **Constructora Panorama S. A. y Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú** para sustentar su pretensión de nulidad, radica en que el juez concedió restricciones de derechos, *inaudita pars* (sic), esto es, sin traslado ni intervención de los sujetos procesales a pesar de no existir **riesgo fundado de pérdida de la finalidad de la medida**, es más, sin que el fiscal haya postulado o fundamentado dicho riesgo o solicitado que el trámite del pedido sea *inaudita pars*.

Al respecto, el Colegiado advierte que conforme a los artículos 203.2 y 235.1 del CPP, así como al artículo 16 de la Ley N.º 30077, uno de los presupuestos de las medidas restrictivas de derechos consiste en que estas se decidan en forma **inmediata, reservada y sin trámite alguno**. Esta es la **regla general**, y la forma de procedimiento tiene su explicación en tanto que el levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil son medidas que se dictan con **finés de investigación y de prueba**, es decir, tienen como finalidad asegurar la eficacia de la investigación¹.

Ahora bien, la defensa alega que según el artículo 203.2 (tercer párrafo) del CPP, *al no existir riesgo fundado*, el juez debió correr traslado previamente a los sujetos

¹ GÁLVEZ VILLEGAS, al interpretar el artículo 203.2 del CPP, señala que el juez "ante la solicitud del fiscal podrá disponerla de inmediato, sin trámite alguno, con el solo mérito del fundamento contenido en la solicitud. Esta es la regla, es decir, en la generalidad de los casos, debe disponerse de este modo, puesto que en la mayoría de casos, la medida resulta urgente y existe el riesgo de que cualquier demora, convierta en inoportuna la medida y se pierda su utilidad, frustrándose de este modo la eficacia de la investigación. En estos casos, el juez podrá realizar alguna actuación o articulación solo cuando exista una norma específica que así lo disponga". (El Código procesal penal: comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Lima, Jurista Editores, p. 410)



procesales y, en especial, al afectado; sin embargo el párrafo que antecede, señala expresamente que "el juez de la investigación preliminar, **salvo norma específica**, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno". En el presente caso, el artículo 16 de la Ley N.º 30077 y el artículo 235.1 del CPP no contienen dicha excepción, por el contrario, reafirman que la solicitud de tales medidas debe resolverse de forma inmediata, reservada y sin trámite alguno, es decir, esta forma de procedimiento está diseñada para evitar la frustración de la medida o que esta no cumpla su finalidad. En consecuencia, yerra la defensa al pretender convertir la excepción en regla, cuando a la luz de las disposiciones normativas antes señaladas, estas medidas se resuelven *inaudita pars*.

Es cierto que un sector de la doctrina considera que esta forma de procedimiento resulta perjudicial para el afectado, planteando que previamente al dictado de la misma, se conceda audiencia al futuro ejecutado y se garanticen el derecho de defensa y el debido proceso. Sin embargo, debemos afirmar que esta es la opción por la que se ha decantado nuestro legislador procesal penal, y dada la finalidad que persiguen estas medidas, no violan los principios de bilateralidad y contradicción, sino que quedan suspendidos en atención a la peculiar naturaleza de la ejecución. Dichos derechos se garantizan a través de la impugnación correspondiente por parte de quien soporta la medida luego de que esta sea ejecutada, como ocurre en el presente caso.

En ese orden de ideas, le asiste razón al juez, cuando en el punto 22 de la impugnada, sostiene que la resolución de la medida de manera reservada y sin trámite alguno, obedece a que el correr traslado y propiciar una audiencia conllevaría a la persona afectada con la medida a frustrar su eficacia, seguridad e intangibilidad. Esto, en ningún modo, implica un pronunciamiento *extra petita*, sino explica la regla general que rige al momento de adoptarse este tipo de medidas, siendo irrelevante el cuestionamiento que la defensa hace respecto del periodo de autorización de la medida (de los años 2006 al 2014), porque ello responde a la estrategia diseñada por el fiscal para investigar el presente caso.

OCTAVO: Otro de los agravios que expone la defensa de las personas jurídicas **Constructora Panorama S. A. y Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú** para sustentar su pretensión de nulidad, consiste en que el juez concedió restricciones de derechos **sin motivar** cómo así debería autorizarse el levantamiento de la información protegida de las referidas.

Al respecto, el Colegiado, a diferencia de lo que sostiene la defensa, verifica que el juez sí ha motivado su decisión, sosteniendo en esencia lo siguiente: i) que del análisis de los **fundamentos y anexos** acompañados al requerimiento fiscal se llega a establecer la existencia de un caso probable; ii) que existe el Informe Pericial N.º 004-2016-RVV-P/REPEF, de fecha 01 de julio de 2016, según el cual se habría cobrado al Estado peruano por volúmenes de corte (excavaciones) que nunca fueron ejecutadas en el sector denominado "Dedo de Dios" del Tramo 4 de la Carretera Interocéánica Sur Perú-Brasil, cuyo monto asciende a \$ 1 888 707.31, sobrevaloración de la cual habría resultado beneficiada la empresa Intersur Concesiones S. A., toda vez que dicha cantidad de dinero ilícito habría ingresado a



sus cuentas y a las de las personas naturales y jurídicas investigadas; y iii) que, además, dicha medida es idónea, necesaria y estrictamente proporcional para los fines de la investigación, explicando cada una de las razones que lo llevan a sostener que se cumple cada uno de los subprincipios del test de proporcionalidad.

En efecto, para este Colegiado, dicha motivación es suficiente para amparar la medida, por cuanto no solo de las disposiciones fiscales que se han adjuntado como anexos, sino fundamentalmente del Informe Pericial N.º 004-2016-RVV-P/REPEF, se llega a la conclusión de que la Fiscalía cuenta con un **caso probable** y cumple con el nivel de "**sospecha simple**" que se exige para el inicio de las diligencias preliminares. Dicho informe pericial no se trata de un simple elemento de convicción, sino que representa el producto del análisis de una copiosa información que se detalla en el ítem I (Antecedentes), numeral 1.2 del citado peritaje -en total veinte documentos-.

En ese sentido, existen suficientes razones que justifican la imposición de las medidas restrictivas de derechos contra las empresas **Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú** y **Constructora Panorama S. A.** En el caso de la *primera*, su defensa reconoció que es accionista de Intersur Concesiones S. A., lo cual justifica que el fiscal, en su **finalidad de indagar la ruta del dinero ilícito** (dentro de ello los posibles movimientos bancarios y financieros, así como las operaciones tributarias y bursátiles) recurra al órgano jurisdiccional incoando a que se decreten dichas medidas, y si bien el defensor sostuvo en audiencia que dicha empresa es una persona jurídica extranjera y que, en este caso, representa solo a la sucursal establecida en nuestro país, ello en nada enerva la finalidad de las mismas, *máxime* si los presuntos actos de lavado de activos que se investigan habrían sido consecuencia de hechos de corrupción por obras que se han desarrollado en nuestro país.

Asimismo, en el caso de la *segunda*, ha quedado claro que **formó parte del Consorcio Constructor Tramo 4 S. A.**, el cual fue subcontratado para realizar la construcción del Tramo Vial N.º 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, y este a su vez subcontrató a la empresa Voladura y Chancado de Rocas Chachani SRL, para la voladura (excavación) de la zona denominada "Dedo de Dios", siendo esta quien finalmente denuncia los hechos materia de investigación, llegándose a la conclusión en la pericia de que los costos por los 81 067 m³ de excavación no ejecutados, asciende a \$ 1 188 707.31. Esta vinculación de la empresa **Constructora Panorama S. A.**, al haber formado parte del consorcio que fue subcontratado para realizar la construcción del Tramo Vial N.º 4 del citado proyecto, justifica la imposición de las medidas ordenadas por el juez, más aún cuando se cobró indebidamente por un volumen de excavación no ejecutado, que habría irrogado grave daño al Estado peruano.

NOVENO: En conclusión, por las razones antes expresadas, la pretensión de nulidad deducida por las empresas **Constructora Panorama S. A.** y **Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú**, deben ser desestimadas.



§3.2 SOBRE LA PRETENSIÓN REVOCATORIA

DÉCIMO: Para sustentar la pretensión subordinada de revocatoria, la defensa de las personas jurídicas Constructora Panorama S. A. y Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú sostiene que la resolución apelada carece de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida conforme a los elementos de convicción descritos en la resolución.

DÉCIMO PRIMERO: Cuestionando el test de proporcionalidad, sostiene lo siguiente: i) la medida no es *necesaria*, en tanto que no se han agotado otras medidas alternativas menos gravosas, como el realizar pedidos concretos a las entidades públicas de interés, y además porque de las dos disposiciones fiscales que anexa a su requerimiento se advierte que los pedidos realizados a las entidades no son precisos, además de no evidenciarse el estado de atención de las solicitudes; ii) existe *falta de idoneidad* de la medida, porque el fiscal no agotó otros actos de investigación que tuvieran como finalidad el corroborar la investigación, tales como el requerimiento de informes sobre operaciones activas (préstamos); y iii) la medida *no es proporcional*, en razón a que la investigación se encuentra en etapa de diligencias preliminares, en la cual no se han agotado todas las medidas previas de búsqueda de información.

DÉCIMO SEGUNDO: Al respecto, el Colegiado advierte que en los puntos 19, 20 y 21 de la resolución materia de grado, el juez ha explicado las razones por las cuales considera que concurren los tres subprincipios del principio de proporcionalidad, señalando lo siguiente: i) la medida es *idónea*, porque a través de ellas se podrá conocer el movimiento financiero de los investigados, si se realizaron operaciones bursátiles, sus declaraciones ante la Sunat, y si estas coinciden con sus actividades económicas; ii) la medida es *necesaria*, porque no existe otra medida alternativa menos gravosa que la solicitada que cumpla con la finalidad de obtener datos exactos de las operaciones financieras y tributarias de las personas implicadas en la investigación; y iii) la medida es *estrictamente proporcional*, en tanto que estamos frente a un delito grave, de lavado de activos proveniente de corrupción de funcionarios, y vinculado a una organización criminal con trascendencia internacional, en la cual la restricción de los derechos fundamentales que se encuentra en juego, se impone para el esclarecimiento de los hechos investigados y la búsqueda de la verdad.

DÉCIMO TERCERO: En ese orden de ideas, queda claro para el Colegiado que las medidas restrictivas de derechos impuestas, superan el test de proporcionalidad, pues, en efecto, en cuanto a la *idoneidad*, si la Fiscalía tiene base indiciaria de la comisión de un delito de lavado de activos, no cabe duda que la imposición de tales medidas, en este caso, el levantamiento del secreto bancario, de la reserva tributaria y bursátil, constituye una medida adecuada para indagar la ruta del dinero ilícito que habrían obtenido las empresas involucradas en esta investigación. Además de cumplir con el fin constitucionalmente legítimo asignado al Ministerio Público en la persecución penal, de conformidad con el artículo 159 de la Constitución Política del Perú.



Ahora bien, resulta inadmisibles que la defensa pretenda que el fiscal agote otros actos de investigación que tuvieran como finalidad el corroborar la investigación, tales como el requerimiento de informes sobre operaciones activas (préstamos), cuando se sabe que en los delitos de lavado de activos, el denominado "ciclo de blanqueo" se desarrolla a través de diferentes fases (colocación, enmascaramiento e integración), que tiene incidencia directa en el sistema bancario y financiero, pues los delincuentes tratan de desembarazarse materialmente del dinero generado por sus actividades ilícitas, cambiando la ubicación de este para alejarlo del alcance de las autoridades y, de esa manera, evitar su rastreo, realizando a la vez una multiplicidad de operaciones rápidas y seguras que oscurecen su origen, para finalmente reintegrarlos al sistema económico y financiero sin levantar la sospecha de las autoridades. En todo ese ciclo, y a fin de lograr sus propósitos criminales, utilizan también los sistemas tributario y bursátil.

DÉCIMO CUARTO: Por otro lado, el Colegiado considera que las medidas decretadas también resultan *necesarias*, en tanto que, como sostiene el juez, no existe otra medida menos gravosa que cumpla la finalidad de obtener **datos exactos** de las operaciones financieras y tributarias de las personas implicadas en la investigación. En consecuencia, es la **exactitud** de la información que se puede obtener a través de estas medidas, la que permite al persecutor de la acción penal indagar eficazmente sobre el "ciclo de blanqueo" del dinero ilícitamente obtenido, lo cual no se conseguiría con el mismo grado de eficacia, con simples pedidos a entidades públicas de interés, como pretende la defensa, cuanto más si muchas veces tal información se encuentra dispersa y se proporciona de forma incompleta. Además, se debe tener en cuenta que el Ministerio Público ha señalado que de los requerimientos formulados a las instituciones públicas o privadas, hasta la fecha no se ha obtenido respuesta alguna, y por el contrario, en algunos casos, se le solicita resolución judicial autoritativa. Todo esto revela las dificultades que tiene en la obtención de información, siendo irrelevante lo alegado por la defensa en el sentido de no contar con el estado de atención de las solicitudes.

En ese sentido, si pese a los esfuerzos del Ministerio Público por develar la ruta del dinero ilícito, no ha obtenido resultados positivos, resulta legítimo que dentro de su estrategia haya recurrido al órgano jurisdiccional incoando las medidas restrictivas de derechos cuestionadas por la defensa, las cuales, en esta clase de delitos, se requieren para detectar una multiplicidad de operaciones que implican los actos de lavado.

DÉCIMO QUINTO: Finalmente, el Colegiado considera que las medidas restrictivas de derechos impuestas a las personas jurídicas recurrentes, también resultan *proporcionales en sentido estricto*, por cuanto, conforme a los instrumentos internacionales y nacionales, existe la obligación del Estado peruano de adoptar medidas eficaces que permitan enfrentar estos delitos que son sumamente graves y que, siendo parte de las nuevas formas de criminalidad, atentan contra los derechos fundamentales, amenazando la paz, la seguridad y la democracia misma. En ese sentido, prevalece el interés de persecución del Estado frente a los derechos fundamentales comprometidos con las medidas impuestas.



DÉCIMO SEXTO: En conclusión, la pretensión revocatoria formulada por las empresas **Constructora Panorama S. A.** y **Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú**, también debe ser desestimada por los fundamentos que se han expuesto en los considerandos precedentes.

§ 3.3 SOBRE LA PRETENSIÓN ACCESORIA

DÉCIMO SÉPTIMO: La defensa de las personas jurídicas **Constructora Panorama S. A.** y **Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú** sustentó como pretensión *accessoria* a las pretensiones de nulidad y revocatoria, la **exclusión de información** obtenida con la ejecución de las medidas por devenir en prueba ilícita.

DÉCIMO OCTAVO: En cuanto a este agravio, al haberse desestimado la pretensión principal, así como la subordinada de revocatoria, corresponde también desestimar la pretensión accesoria de exclusión de la información obtenida con la ejecución de las medidas, por cuanto no se aprecia afectación alguna del debido proceso en la tramitación de las mismas, ni menos afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

§ 4. SOBRE LOS AGRAVIOS EXPUESTOS POR MARCOS DE MOURA WANDERLEY

DÉCIMO NOVENO: De inicio, debemos precisar que conforme a los fundamentos trigésimo tercero y trigésimo cuarto de la **Casación N.º 413-2014-Lambayeque**, de fecha 07 de abril de 2015, el Tribunal de Apelación solo puede emitir pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los escritos de los recursos impugnatorios, interpuestos en la forma debida y dentro del plazo de ley, estándole vedado responder agravios postulados con posterioridad a ellos, porque ello implicaría vulnerar el principio de preclusión y de igualdad que debe existir entre las partes en un proceso. En ese sentido, este Colegiado se limitará a responder los agravios que en su momento fueron postulados por el investigado **Marcos de Moura Wanderley** en su escrito de apelación.

VIGÉSIMO: En ese sentido, la defensa del investigado **Marcos de Moura Wanderley** alega, en su recurso, la vulneración del debido proceso ante la inexistencia de la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales, al no desarrollarse el **test de prueba indiciaria** que vincule a su patrocinado con el delito de lavado de activos.

VIGÉSIMO PRIMERO: De inicio debemos precisar que la presente investigación se encuentra en etapa de diligencias preliminares, estadio en el que es exigible solo un estándar de "sospecha simple". Conforme al artículo 330.2 del CPP, las diligencias preliminares *"tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos, objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente"*. En ese sentido, en esta etapa, se exige solo la más baja intensidad de sospecha, no resultando de recibo lo que la



defensa pretende, es decir, el desarrollo del test de la prueba indiciaria, justamente porque los elementos que logre recabar el persecutor de la acción penal en este estadio inicial de la investigación, le servirán para determinar la delictuosidad de los hechos y de los presuntos responsables.

Este nivel de "sospecha simple" está sustentado en el Informe Pericial N.º 004-2016-RVV-P/REPEF, que como ya hemos dicho no se trata de un simple elemento de convicción, sino que ha sido el resultado del análisis de una copiosa información que se detalla el ítem I (Antecedentes), numeral 1.2 del citado peritaje (en total veinte documentos). Por otro lado, la vinculación del investigado Marcos de Moura Wanderley radica justamente en que este era el representante de la empresa Camargo Correa S. A. Ingeniería y Construcciones, que a su vez formó parte del Consorcio Constructor Tramo 4 S. A. que fue subcontratado para realizar la construcción del Tramo Vial N.º 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil. Además, Marcos de Moura Wanderley suscribió el contrato de concesión representando a Intersur Concesiones S. A., tal y como lo admitió la defensa en la audiencia de apelación.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Finalmente, la defensa del investigado Marcos de Moura Wanderley alega la vulneración del debido proceso por la **inaplicación del test del principio de proporcionalidad** en la aplicación de la medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos.

Respecto de este agravio, este Colegiado se remite a lo expuesto en los considerandos **décimo segundo** al **décimo quinto** de la presente resolución, que, *mutatis mutandi*, sirven de fundamentos válidos para sostener que en el presente caso se ha cumplido con el test de proporcionalidad requerido para la imposición de las medidas de levantamiento de secreto bancario, reserva tributaria y bursátil.

VIGÉSIMO TERCERO: En consecuencia, la pretensión revocatoria planteada por la defensa de Marcos de Moura Wanderley también debe ser rechazada, al no haberse afectado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ni mucho menos el derecho a la intimidad que la defensa alega sin justificación alguna.

§ 5. CONCLUSIÓN

VIGÉSIMO CUARTO: Por las razones expuestas, los agravios formulados en los recursos de apelación de los recurrentes deben ser desestimados y, en consecuencia, la resolución materia de grado, confirmada.

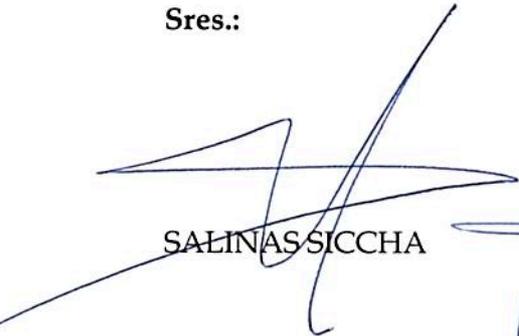
DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, los magistrados integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios **RESUELVEN:**



CONFIRMAR la Resolución N.º 1, de fecha 26 de febrero de 2018, emitida por el juez del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró fundado el requerimiento fiscal y, en consecuencia, autorizó el levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil de las personas jurídicas **Constructora Panorama S. A. y Andrade Gutiérrez Engenharia S. A. Sucursal del Perú**, y del investigado **Marcos de Moura Wanderley**, del período comprendido entre el 01 de mayo de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2014, bajo los alcances y en los términos en ella expuestos. *Notifíquese y devuélvase.-*

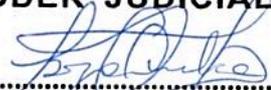
Sres.:


SALINAS SICCHA


GUILLERMO PISCOYA


BURGA ZAMORA

PODER JUDICIAL


LIZ JUDITH BOZA QUILCA

ESPECIALISTA JUDICIAL

Sala Penal Nacional de Apelaciones

Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA