



**PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS**

Expediente : 00019-2018-30-5002-JR-PE-03
Jueces superiores : Salinas Siccha / Guillermo Piscocoya / **Enriquez Sumerinde**
Ministerio Público : Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial
Imputados : Pedro Pablo Kuczynski Godard y otros
Delitos : Lavado de activos y otros
Agravado : El Estado
Especialista judicial : Karol Astrith Zea Salas
Materia : Apelación de auto sobre variación de medida cautelar

Resolución N.º 3

Lima, diez de diciembre
de dos mil diecinueve

AUTOS, VISTOS y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación parcial interpuesto por la defensa de la persona jurídica Dorado Asset Management Company S. A. C. contra la Resolución N.º 5, de fecha tres de octubre de dos mil diecinueve, emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el extremo que resolvió declarar **improcedente su solicitud de variación de la medida cautelar de incautación** respecto de los siguientes inmuebles: **i)** lote 2-B, zona 9, sección 2-B, distrito de Cieneguilla, provincia y departamento de Lima, con partida registral N.º 45196550; y **ii)** calle Choquehuanca N.º 967 (puerta principal) y N.º 953 (puerta de garaje), distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima, con partida registral N.º 07028520. Lo anterior con motivo de la investigación que se sigue contra el investigado Pedro Pablo Kuczynski Godard y otros por la presunta comisión del delito de lavado de activos en agravio del Estado. Actúa como ponente el juez superior VÍCTOR JOE MANUEL ENRIQUEZ SUMERINDE, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha diecinueve de setiembre del presente año, el Ministerio Público¹ solicitó medida cautelar real de incautación respecto de los siguientes bienes inmuebles: **i)** lote 2-B, zona 9, sección 2-B, distrito de Cieneguilla, provincia y departamento de Lima, inscrito en la Partida Registral N.º 45196550); y **ii)** calle Choquehuanca N.º 967 (puerta

¹ Primer Despacho de la Fiscalía Primer Despacho de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Equipo Especial.



principal) y N.º 953 (puerta de garaje), distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima, inscrito en la Partida Registral N.º 07028520.

1.2 El juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante Resolución N.º 1, de fecha veinte de setiembre de dos mil diecinueve, declaró fundado el requerimiento formulado por el Ministerio Público. En consecuencia, ordenó que se proceda para la incautación con fines de decomiso de los inmuebles antes citados.

1.3 Por escrito, de fecha veinticinco de setiembre de dos mil diecinueve, la defensa de la persona jurídica Dorado Asset Management Company S. A. C. solicitó la nulidad parcial y/o variación de la medida cautelar de incautación, con base en las siguientes pretensiones: **i)** como primera pretensión principal, la nulidad del auto de incautación en el extremo del bien inmueble ubicado en Cieneguilla; **ii)** como pretensión subordinada, la modificación o variación de la medida cautelar de incautación con desposesión del bien inmueble ubicado en Cieneguilla, por la incautación sin desposesión u orden de inhibición; y **iii)** como segunda pretensión principal, la modificación o variación de la medida cautelar de incautación con desposesión del bien inmueble ubicado en calle Choquehuanca N.º 953-967, San Isidro, por incautación sin desposesión u orden de inhibición.

1.4 Así, por Resolución N.º 5, de fecha tres de octubre de dos mil diecinueve, se declaró improcedente la referida solicitud. Contra esta decisión judicial, el siete de octubre de dos mil diecinueve, la defensa de la persona jurídica Dorado Asset Management Company S. A. C. interpuso recurso de apelación parcial, respecto a la improcedencia de la variación de medida cautelar de incautación; y, precisó que **no** apela el extremo referido a la **nulidad** del auto de incautación en relación al inmueble ubicado en Cieneguilla (primera pretensión principal). Concedido el recuso y elevados los actuados a esta Sala Superior, se corrió traslado y se realizó la audiencia de apelación el trece de noviembre del último. Este Colegiado, tras la correspondiente deliberación, procede a emitir el presente pronunciamiento.

II. HECHOS MATERIA DE INVESTIGACIÓN

2.1 Se le atribuye al imputado Kuczynski Godard ser autor de la presunta comisión del delito de **lavado de activos** en las modalidades de actos de conversión, transferencia y ocultamiento, con la agravante de pertenecer a una organización criminal², toda vez que,

² Artículos 1, 2 y 3.b de la Ley N.º 27765; y, artículos 1, 2 y 4.2 del Decreto Legislativo N.º 1106.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

perteneciendo a una organización criminal durante los años 2003-2015, y en su condición de funcionario público como ministro de Economía y Finanzas, y de presidente del Consejo de Ministros (2001-2002 y 2005-2005), promulgó normas adecuadas para la materialización de acuerdos corruptos, con el propósito de que se le otorgue la buena pro a las concesionarias IIRSA SUR (tramos 2 y 3) y Traslase Olmos para que Westfield Capital Ltd. sea contratada en la estructuración financiera que debían cumplir las concesionarias como una exigencia en las bases.

2.2 En ese contexto, el referido imputado habría utilizado su empresa Westfield Capital Ltd. para recibir transferencias de las concesionarias IIRSA SUR (tramos 2 y 3) y Traslase Olmos producto de las asesorías financieras, por un monto total de \$ 1 019 057.08 durante el periodo 2004-2007, a través de la cuenta bancaria Wachovia N.º 9982441377, de titularidad de la citada empresa, para luego ser depositados en su cuenta bancaria en dólares N.º 193-1014533-1-17 del BCP por la suma de \$ 1 218 347.66.

2.3 Una vez recibidos los activos, Kuczynski Godard habría realizado **actos de lavado en la modalidad de conversión** a través de las siguientes acciones: 1) adquirió un inmueble en sociedad conyugal ubicado en calle Choquehuanca N.º 985-975, San Isidro; 2) realizó pagos de cuotas por la suma de \$ 48 651.61, correspondiente a un crédito personal de \$ 750 000; 3) utilizó los fondos depositados en la cuenta Wachovia N.º 9982441377, para cancelar una cuota de \$ 380 029.48, correspondiente a su crédito personal; 4) canceló el monto de \$ 9 700.00 de su cuenta Visa N.º 4487170000262654; y 5) transfirió a la empresa Dorado Asset Management Ltd. el monto de \$ 695 000.00 para la adquisición del inmueble antes referido.

2.4 También se le imputa haber realizado **actos de transferencia** durante los años 2003-2015, a las siguientes personas: 1) José Luis Bernaola Ñufflo, por el importe de \$ 528 003.00; y 2) Gloria Jesús Kisic Wagner, por el monto de \$ 77 373.00.

2.5 Finalmente, se le atribuye haber realizado **actos de ocultamiento**, toda vez que el dinero depositado en la empresa Dorado Asset Management Ltd., es transferido a la cuenta de la coimputada Kisic Wagner, la cual efectuó dos retiros en efectivo para transferir ("devolver") a la cuenta del exterior de Westfield Capital Ltd. (Wachovia N.º 0009982441377) por \$ 350 000.00 y \$ 323 099.00, el diecisiete y veintitrés de marzo de dos mil seis, respectivamente.



III. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

3.1 El *a quo*, en relación a la solicitud de modificación de la medida cautelar de incautación con desposesión del inmueble ubicado en Cieneguilla, concluye que sí existe peligro de transferencia en razón de que este inmueble se encuentra a nombre de la empresa Dorado Asset Management Company S. A. C., cuyo socio fundador y accionista mayoritario es el investigado Kuczynski Godard. Por lo que considera que no procede la variación de la medida de incautación solicitada por una de inhibición, en mérito de que existe una alta sospecha de que el bien inmueble haya sido adquirido con dinero ilícito. Además, indica que existiría un peligro inminente de que este dinero pueda circular en el tráfico comercial, lo cual dotaría de apariencia de legalidad a los activos ilícitos adquiridos, lo que dificultaría la acción de la justicia.

3.2 Respecto de la solicitud de modificación de la medida cautelar de incautación del inmueble ubicado en la calle Choquehuanca, señala que la defensa técnica tuvo otros mecanismos o vías procesales idóneas para cuestionar la resolución que ordena la incautación, esto es, pudo ejercer los mecanismos de revisión luego de haber sido notificada con la misma. En ese sentido, sostiene que deviene en improcedente la nulidad y/o variación de medida cautelar de incautación planteada por la defensa técnica de la empresa Dorado Asset Management Company S. A. C.

3.3 Por los argumentos expuestos, el juez de primera instancia resolvió declarar improcedente la solicitud de variación de medida cautelar de incautación respecto de los inmuebles ubicados en los distritos de Cieneguilla y San Isidro, anteriormente detallados.

IV. ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

4.1 La defensa de la persona jurídica recurrente solicita que se **revoque** la resolución apelada y alternativamente lo siguiente: **i)** se modifiquen las medidas cautelares de los inmuebles ubicados en Cieneguilla y Choquehuanca a incautaciones sin desposesión, o **ii)** se varíen las medidas cautelares de incautación de los referidos inmuebles por las de orden de inhibición.

4.2 Como **primer agravio**, sostiene que el juez ha incurrido en error al resolver la petición alternativa de modificación o variación de medida cautelar de incautación sin la celebración de la audiencia respectiva. En ese sentido, argumenta que no se ha tomado en cuenta los Acuerdos Plenarios 5-2010/CJ-116 y 7-2011/CJ-116, en los cuales se establecen los presupuestos y el procedimiento para la incautación



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

judicial, y se determina que, salvo que exista un inminente peligro de que la medida cautelar fracasara en su función, deberá imponerse la medida sin celebración de una audiencia. Resalta que todas las medidas cautelares planteadas en el presente proceso se han llevado a cabo previa realización de una audiencia.

4.3 Como **segundo agravio**, alega que en la recurrida no se ha respondido a las razones que la defensa presentó para justificar las pretensiones alternativas de modificación por incautaciones sin desposesión o de variación de la medida por las de orden de inhibición. Sobre este punto, agrega que en el presente caso no existe peligro de transferencia de propiedad de los citados inmuebles, pues el 100 % de las acciones de Dorado Asset Management Company S. A. C. fueron otorgadas en anticipo de herencia a Suzane Kuczynski Lange, quien concede usufructo de sus acciones a favor de sus padres. Por tanto, Kuczynski Godard no tiene derecho para disponer de los inmuebles. Así, afirma que este último no es el accionista mayoritario de la citada empresa, sino su hija Suzane Kuczynski Lange, lo que descartaría el referido peligro.

4.4 En cuanto al inmueble ubicado en el distrito de Cieneguilla, indica que este fue comprado y pagado el veintiocho de octubre de dos mil cuatro, mientras que el primer pago que realizó Odebrecht a Westfield Capital Ltd. fue el veintiséis de noviembre de ese año, por lo que es imposible que el dinero proveniente de Odebrecht haya servido para su compraventa. Aclara que esto no ha sido analizado por el juez de primera instancia, además de que no debería pesar ni siquiera una medida de incautación con desposesión, sino más bien una orden de inhibición en el supuesto de cubrir una eventual reparación civil.

4.5 Añade que, de conformidad con el artículo 102 del Código Penal (CP), el cual refiere que "cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados", no es imposible jurídicamente incautar un inmueble en mayor porcentaje de lo que sería objeto del decomiso. En el caso en concreto, el inmueble de Cieneguilla costó \$ 320 000.00 (96.9 %) y el pago realizado por la empresa Odebrecht a Westfield Capital Ltd. fue por la suma de \$ 10 081.79 (3.1 %), lo que impide que la incautación sea con desposesión, pues el origen del resto del dinero (96.9 %) no provino de Odebrecht. En consecuencia, la regla de la mezcla del citado dispositivo legal permite modificar la medida cautelar por incautación sin desposesión.

4.6 Con relación al inmueble ubicado en calle Choquehuanca, alega que si la pena que es la consecuencia accesoria y, en el caso de



mezcla, solo alcanza a la parte ilícita, como es que la medida cautelar que garantiza la pena, podría abarcar más (sic). En este caso, el referido inmueble costó \$ 695 000.00 (91.1 %) y el pago realizado por Odebrecht a Westfield Capital Ltd. asciende a \$ 40 686.45 (8.9 %), lo que impide que la incautación sobre este inmueble sea con desposesión. Sustenta que la Corte Suprema ha reconocido la aplicación de la medida cautelar de incautación sin desposesión, prevista en el artículo 318.3 del Código Procesal Penal (CPP), a través de las Casaciones 864-2017/Nacional y 646-2014-Sullana, en tanto no peligren los fines de aseguramiento.

4.7 Por otro lado, fundamenta que la incautación solo puede afectar la posesión y no otros derechos como el de los propietarios o usufructuarios, como sucede en el presente caso con el investigado Kuczynski Godard y su esposa. Tampoco se ha considerado que la incautación con desposesión solo procede cuando no se afecta la conservación de los inmuebles o cuando no existen terceros de buena fe. Así, explica cómo debería ser tratada la medida de incautación en sus dos vertientes: con desposesión, según a los siguientes supuestos: i) si no hay terceros afectados de buena fe, ii) instrumentos del delito, iii) objetos del delito y iv) efectos del delito que no pueden estar en posesión del procesado o un tercero; y, sin desposesión por lo siguiente: i) si hay terceros de buena fe, ii) si el bien incautado necesita conservación o cuidado que no dará el Estado y iii) si los efectos pueden estar en posesión del procesado o tercero con fines lícitos de vivienda, manutención, etc.

4.8 Finalmente, como **tercer agravio**, alega que el juez ha incurrido en error al considerar que las causales de la modificación de la medida por incautación sin desposesión o la variación por órdenes de inhibición debieron ser presentadas a través del recurso de apelación y no vía reexamen de las medidas cautelares (sic). Resalta que una de las principales características de las medidas cautelares es la variabilidad, conforme al artículo 255 del CPP.

V. POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

5.1 El fiscal superior, en audiencia, señaló que lo referido por la defensa son argumentos propios de un recurso de apelación, por lo que no puede pretender que se imponga una orden de inhibición cuando se encuentra vigente una medida de incautación que no ha sido impugnada. También, advierte que en su solicitud ante el juez de investigación preparatoria pidió la devolución provisional del bien inmueble y no la variación de la medida cautelar, motivo por el cual el juez no convocó a audiencia.



5.2 Otro argumento referido por el fiscal superior es que no es correcto que existan dos formas de incautación, una con desposesión y otra sin ella, toda vez que una medida de incautación siempre importa una desposesión. Realiza la salvedad de que, si en el trámite del proceso se advierte que no peligran los fines de aseguramiento, se puede dar la devolución o entrega del bien, que es lo que solicita la defensa respecto de los dos inmuebles.

5.3 Subraya que los porcentajes a los que ha hecho alusión la defensa respecto a la compra de los referidos inmuebles resultan ajenos al presente debate, el cual versa sobre los fines de la medida de incautación y si corresponde o no la entrega del bien a la empresa afectada.

5.4 Por último, resalta que el artículo 102 del CP, referido a la regla de la mezcla, aplicaría solo si se trata de una medida cautelar de incautación, que no es el caso, toda vez que la defensa solicita la entrega provisional del bien incautado conforme al artículo 318.3 del CPP. Por tanto, solicita que se confirme la resolución venida en grado.

VI. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En atención a los agravios formulados por la defensa y al debate generado en audiencia, resulta necesario efectuar algunas precisiones en relación a los derechos, principios e instituciones jurídicas invocadas con la finalidad de comprender sus alcances y abordar su adecuada aplicación en el análisis del caso en concreto.

A. Principios de las medidas cautelares

6.1 Respecto al derecho a la **tutela cautelar** o a las medidas cautelares, el Tribunal Constitucional ha señalado que al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, no se encuentra contemplado expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación que implica el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución³.

6.2 Las medidas provisionales reales, anota San Martín Castro⁴, son aquellas medidas procesales que recaen sobre el patrimonio del imputado o, en todo caso, sobre bienes jurídicos patrimoniales,

³ Expediente N.º 00023-2005-PI/TC, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2005, fundamento jurídico 49.

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Grijley, 2014, p. 1033.



limitándolos, y que se acuerdan con el objetivo de impedir, durante el proceso, determinadas actuaciones de sus destinatarios que se estiman dañosas o perjudiciales, tanto para la efectividad de la sentencia en relación con las consecuencias jurídico-económicas del delito (función cautelar), como para lograr la propia eficacia del proceso (función aseguratoria de la prueba y función tuitiva coercitiva).

6.3 Tales medidas provisionales reales comparten las mismas exigencias generales de toda medida restrictiva de derechos. En ese sentido, toda medida cautelar debe observar los siguientes **principios**:

a) Legalidad: Según este principio, tanto al momento de solicitarse como al dictarse una medida coercitiva dentro de un proceso penal, resulta necesario que esté prevista y regulada por la ley. En este caso, la medida cautelar de embargo está regulada en el artículo 303 del CPP, y de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil (CPC), sus disposiciones se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales. Con ello queda establecido que las disposiciones relativas a las medidas cautelares, ampliamente desarrolladas en dicho cuerpo normativo, son de aplicación al proceso penal.

b) Jurisdiccionalidad: Las medidas cautelares deben ser ordenadas por la autoridad judicial a pedido del Ministerio Público o de la parte civil.

c) Instrumentalidad o subsidiariedad: Las medidas cautelares son instrumentales del proceso principal, es decir, tienen como objetivo servir de medio para asegurar la eficacia práctica de la sentencia (artículo 608 del CPC). La instrumentalidad supone que la tutela cautelar tiene una relación con el proceso, debido a su incoación o intención de promoverlo, se ha adoptado la medida de justicia cautelar. La tutela cautelar no es independiente, sino dependiente de una tutela principal⁵.

d) Provisionalidad o variabilidad (revocabilidad): Este principio se encuentra recogido en los artículos 612 y 617 del CPC. Las medidas cautelares son provisorias porque subsisten únicamente mientras duren las circunstancias que determinaron su imposición. Aquí se expresa la regla *rebus sic stantibus*, que significa que las medidas cautelares son

⁵ ARGÜELLO LANDAETA, Israel. "Medidas cautelares generales en el código de procedimiento civil", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1989, p. 42.



susceptibles de modificación o variación a lo largo del proceso, en tanto varíen los presupuestos que ameritaron su imposición o rechazo⁶.

e) Proporcionalidad: Este principio acoge el examen de tres subprincipios: el de adecuación, por el cual la medida debe ser la más apta o idónea para alcanzar el fin legítimo del proceso; el de necesidad, por el cual el fin buscado por la medida no puede ser logrado por otro medio menos gravoso; y el de proporcionalidad propiamente dicha, esto es, el sentido de estricta ponderación de la medida entre los derechos afectados y los fines perseguidos. En virtud del principio de proporcionalidad se deberá atender a los fines del proceso y la necesidad de asegurar la eficacia de la sentencia; se impondrá la medida más adecuada para garantizar la eficacia de la sentencia que ampara una pretensión; y, se impondrá la medida solo cuando resulte absolutamente indispensable y por el tiempo estrictamente necesario, para lo cual debe priorizarse la medida menos gravosa a los derechos constitucionales del afectado.

f) Razonabilidad: Establece que el juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y por la prueba presentada por el requiriente, aprecie la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión. La razonabilidad guarda estrecha relación con el carácter práctico del derecho. Con la razonabilidad se concretan las exigencias de justicia y equidad.

B. De la medida cautelar de incautación

6.4 La incautación, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, y como medida de coerción con una típica función cautelar (artículos 316-320 del CPP). En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa (de aseguramiento de fuentes de prueba material) y probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad. Lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una

⁶ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo V, 2.ª ed., Fila S. A. Editores, Buenos Aires, p. 450.



consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102 del CP⁷.

6.5 Del mismo modo que las demás medidas cautelares, la incautación, está sujeta a la provisionalidad, temporalidad o variabilidad; por lo que, para mantenerse vigente, se tiene que verificar si se mantienen los presupuestos que determinaron su solicitud, disposición y ejecución; ello implica que esté sujeta a reevaluación o reexamen. En ese sentido, el artículo 319 del CPP establece que si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida, esta será levantada inmediatamente a solicitud del Ministerio Público o del interesado (literal a); asimismo señala que las personas que se consideren propietarias de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación a fin de que se levante y se les devuelva los bienes de su propiedad (literal b).

6.6 Los jueces supremos en lo penal, han desarrollado en el Acuerdo Plenario N.º 5-2010/CJ-116⁸, en el fundamento jurídico 12, que en los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia, solo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, esto es, si el conocimiento de la posible incautación pudiese determinar la desaparición u ocultamiento del bien. Pero, por otro lado, es posible que el juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna.

6.7 Sumado a ello, en el apartado B del fundamento jurídico veinte del Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CJ-116⁹ establece que la regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada, es el previo traslado a las partes, en especial de la parte afectada, por el término de tres días (artículo 315.2 del CPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del artículo 203.2 del mismo cuerpo normativo, que precisa que tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que no exista riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida. Esta imposibilidad y los derechos de impugnación que

⁷ Fundamento sétimo del Acuerdo Plenario N.º 5-2010/CJ-116.

⁸ De fecha 16 de noviembre de 2010. Asunto: Incautación.

⁹ De fecha 6 de diciembre de 2011. Asunto: Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales.



ulteriormente se reconocen, evitan considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (artículo 315.2 del CPP), aunque es posible en situaciones excepcionales debidamente explicadas en la decisión, continuar con el trámite de audiencia (artículo 203.2).

VII. CONTROVERSIA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

7.1 Conforme a los fundamentos de la resolución recurrida, los agravios expuestos por la defensa de la persona jurídica Dorado Asset Management S. A. C. y los argumentos del representante del Ministerio Público, esta Sala centrará su análisis en determinar si la decisión judicial de primera instancia ha sido emitida conforme a derecho.

VIII. FUNDAMENTOS DE LA SALA PARA RESOLVER

Sobre la citación a audiencia para la variación de la medida

8.1 En el caso que nos ocupa, tanto en su recurso impugnatorio como en audiencia, la defensa sustenta que el juez de investigación preparatoria ha errado al resolver la solicitud de variación de la medida cautelar de incautación sin, previamente, convocar a la audiencia respectiva. Para tal efecto, invocó los Acuerdos Plenarios 5-2010/CJ-116 y 7-2011/CJ-116, los cuales establecen que solo se impondrá la medida de incautación sin celebración de audiencia, cuando exista un inminente peligro de que esta fracasaría en su función, lo que, a su criterio, no sucede en el presente caso.

8.2 Por su parte, el fiscal superior señaló que la solicitud de la defensa ante el juez de investigación preparatoria, en concreto, consiste en la devolución provisional del bien inmueble y no en la variación de la medida cautelar, motivo por el cual el juez de primera instancia no convocó a audiencia. Agrega que la incautación por lo general importa una desposesión, salvo que no peligran los fines de aseguramiento de la medida, entonces puede devolverse o entregarse el bien.

8.3 En relación a las alegaciones descritas, de autos se aprecia que tras la autorización judicial de incautación con fines de decomiso respecto a los inmuebles de Cieneguilla y Choquehuanca, el veinticinco de setiembre del presente año, la defensa de la empresa Dorado Asset Management S. A. C. solicitó la nulidad y/o



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

variación de la medida cautelar de incautación¹⁰. El *a quo*, emitió la Resolución N.º 5, materia de apelación, por la cual resolvió declarar improcedente la referida solicitud en todos sus extremos. Debemos resaltar que esta decisión judicial fue emitida por despacho, es decir, previamente a su emisión no se convocó a audiencia ni se corrió traslado a los sujetos procesales.

8.4 Conforme a la pretensión impugnatoria, solo será materia de análisis el extremo referido a la variación de la medida cautelar de incautación. Así, corresponde precisar que la defensa sustentó su pretensión de variación de la medida en tres supuestos. El primero se encuentra referido a la entrega provisional al afectado del bien incautado hasta la conclusión del proceso, siempre que no peligren los fines de aseguramiento que justificaron su adopción (artículo 318.3.b del CPP). El segundo está relacionado a intervención en el proceso de terceros, distintos al imputado, que aleguen derecho de propiedad o aquellos que tienen sobre el bien incautado un derecho adquirido de buena fe; según la norma, dichas personas deben ser oídas, personalmente o por escrito, además, pueden oponerse a la incautación; y, se puede deliberar y resolver sin su presentación, previa audiencia con citación de las partes (artículo 318.4 del CPP). Por último, el tercer supuesto está referido a la variación y reexamen de la incautación (artículo 319 del CPP).

8.5 Con relación a lo anterior, corresponde destacar que la norma aplicable es el artículo 319 del CPP, por ser la más específica. Sin embargo, tal como indicó la defensa, en el procedimiento de primera instancia no se citó a las partes a audiencia. Es más, de la lectura de la resolución recurrida no se advierte justificación alguna para prescindir de dicho acto procesal, ni siquiera que ha invocado la referida normativa. De este modo, consideramos que se ha afectado el principio-derecho al debido proceso, reconocido en nuestra Constitución (artículo 139.3), que garantiza que ninguna persona pueda ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha desarrollado que la dimensión formal, procesal o procedimental del derecho al debido proceso garantiza un estándar de participación justa o debida durante la secuela o desarrollo de todo tipo de procedimiento o proceso (sea este judicial, administrativo, corporativo particular o de cualquier otra índole).¹¹

¹⁰ A fojas 720-766 del presente cuaderno.

¹¹ Cfr. fundamento 5.3.1 de la Sentencia, de fecha 24 de octubre de 2014, emitida en el Expediente N.º 579-2013-PA-TC.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

8.6 Además, el contenido constitucionalmente protegido¹² en el artículo 319, literal c, del CPP, es el derecho de defensa, pues se otorga la oportunidad de que los sujetos procesales se pronuncien y debatan el tema controvertido. De este modo, se evita algún estado de indefensión del imputado o de algún tercero de buena fe, de ser el caso. Como sabemos, el derecho de defensa es transversal al desarrollo de todo el proceso judicial y sobre su afectación el Tribunal Constitucional ha señalado que se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos¹³.

8.7 En ese sentido, esta Sala Superior aprecia que, en el presente caso, se ha incumplido el procedimiento preestablecido en el artículo 319 del CPP y, con ello se afecta el derecho de defensa en su manifestación al derecho de contradicción, pues la defensa de la empresa Dorado Asset Management S. A. C. solicitó la variación de la medida de incautación y si bien en su escrito habría plasmado los argumentos que lo sustentan, no pudo oralizarlos, y el Ministerio Público, como sujeto procesal, tampoco tuvo la oportunidad de pronunciarse. Por consiguiente, nos encontramos ante la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, presupuesto para la fundabilidad de nulidad procesal, conforme el artículo 150 del CPP.

8.8 De acuerdo a las competencias establecidas en el artículo 409.1 del CPP, el Tribunal Revisor en mérito a la impugnación no solo se encuentra facultado a resolver la materia impugnada, también se puede declarar la nulidad en casos necesarios, esto es, nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante. Es decir, excepcionalmente, puede decidirse por anular un acto procesal, pero ello únicamente ha de darse cuando este se encuentre acreditadamente viciado y, por tanto, deba dejar de existir en el ordenamiento jurídico.

8.9 Así, en atención a la gravedad de la causal de nulidad es que se puede hablar de nulidades absolutas y relativas. La diferencia entre

¹² Los jueces supremos en lo Penal de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N.º 1-2016/CJ-116, fundamento jurídico 11, han señalado que la actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino –y ante todo– un razonamiento constitucional. Desde el enfoque, el primer análisis que debe realizarse no es el de la aplicación inmediata de la norma, sino la evaluación de su validez dentro del sistema jurídico, esto es, desde su conformidad con la Constitución.

¹³ Cfr. fundamento jurídico 15 de la Sentencia 16 de enero de 2013, emitida en el Expediente N.º 1147-2012-PA-TC. Igualmente, fundamento jurídico 3, de la Sentencia de fecha 13 de marzo de 2006, emitida en el Expediente N.º 582-2006-PA /TC.



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 la nulidad relativa. Por el contrario, si nos hallamos frente a vicios muy graves, no convalidables, entonces nos encontraremos frente a la nulidad absoluta¹⁴.

8.10 En nuestra normativa procesal penal, el artículo 150 del CPP establece que **no será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal** y podrán ser declarados, aun de oficio, los defectos concernientes:

- a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;
- b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces y Salas;
- c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;
- d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución** [el resaltado es nuestro].

8.11 Por lo expuesto, esta Sala Superior tiene la capacidad para declarar de oficio una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no se encuentre dentro del petitorio del recurso impugnatorio, pues al tratarse de un acto procesal viciado puede conllevar a que otros actos procesales subsiguientes también lo sean, de ampararse en este. Es por ello que se hace necesario verificar que la irregularidad que propicia el vicio sea: **i) trascendente**, esto es, que de subsistir ocasionaría un perjuicio concreto de indefensión; **ii) que dicha afectación no haya sido generada por quien sea afectado** con el acto procesal, para evitar la utilización indebida de esta figura procesal; **iii) no subsanable**, que no exista posibilidad de que el vicio sea reparable; y **iv) debidamente probada**.

8.12 Con relación a este último, se advierte que la defensa señaló como base legal los siguientes artículos del CPP: VII, numeral 3, del título preliminar (interpretación restrictiva de la norma); 253, incisos 1 y 3 (principios y finalidad de las medidas de coerción procesal); 318, inciso 3, literal b (entrega provisional al afectado del bien incautado si no pelagra los fines de aseguramiento, bajo reserva de reversión); 318, inciso 4 (intervención en la incautación de un propietario, distinto al investigado, o un tercero de buena) y 319 (variación y

¹⁴ Casación N.º 413-2014-Lambayeque, de fecha siete de abril de dos mil quince, fundamentos jurídicos vigésimo octavo y vigésimo noveno.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

reexamen de la incautación). En consecuencia, si invocó adecuadamente la normativa procesal aplicable y, por ello, se comprueba que el vicio no ha sido generado por propio recurrente.

8.13 Conforme se ha expuesto en los considerandos 8.5 y 8.6, de la revisión de autos, se ha verificado que no se ha citado a audiencia a las partes para el respectivo debate sobre la pretensión de variación de la medida de incautación, con ello se ha generado un estado de indefensión a los sujetos procesales, tanto a la empresa recurrente como al Ministerio Público. Esta situación reviste de trascendencia porque se han vulnerado los derechos a la defensa y al debido proceso. Por tanto, el vicio incurrido en primera instancia es potencialmente irreparable.

8.14 En consecuencia, este Colegiado considera que se ha inobservado el contenido esencial de los derechos al debido proceso y a la defensa, por lo que resulta necesario declarar la nulidad de oficio de la resolución recurrida, el extremo referido a la variación de la medida de incautación. Lo anterior, en aplicación del artículo 150, literal d, del CPP, debido al error *in procedendo*¹⁵ que ha originado el órgano jurisdiccional y con la finalidad de evitar que actos procesales subsiguientes recaigan también en nulidad.

8.15 Por otro lado, debemos precisar que el juez de primera instancia si bien no ha observado el procedimiento de la institución procesal alegada por la defensa (variación de la medida de incautación), la defensa realizó una acumulación de pretensiones en relación a figuras jurídicas de diferente naturaleza: nulidad y variación, pero ambas en torno a la incautación aprobada judicialmente y, a la fecha de la solicitud, debidamente ejecutada. Motivo por el cual, el *a quo* centra su argumentación respecto a la nulidad, en el sentido que las alegaciones de la defensa son tendientes a la revisión o examen del contenido de la resolución de incautación y con base a ello también resuelve la variación de la medida.

8.16 En tal sentido, el *a quo* en la resolución apelada ha analizado todas las alegaciones de la defensa y, por ende, ha adelantado pronunciamiento al respecto. De modo que, a efectos de no afectar la imparcialidad e independencia de la función jurisdiccional, otro juez de investigación preparatoria de este Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

¹⁵ Término jurídico en latín que hace referencia a los errores o vicios en el procedimiento, los cuales pueden ser respecto a la forma o a las irregularidades de un acto procesal.



deberá de emitir pronunciamiento respecto a la variación de la medida de incautación pretendida por la defensa de la empresa Dorado Asset Management Company S. A. C., con observancia al procedimiento preestablecido en el artículo 319 del CPP.

Sobre los otros agravios alegados

8.17 La defensa de la persona jurídica Dorado Asset Management Company S. A. C., también cuestionó que en la recurrida no se ha respondido a las razones que presentó para justificar su pretensión de variación de la medida de incautación por las de orden de inhibición, respecto a los inmuebles de Cieneguilla y Choquehuanca; asimismo señaló otros argumentos referidos a la presunta ilicitud del dinero con el que se adquirieron los inmuebles. Al respecto, debemos precisar que estas alegaciones recaen sobre el fondo de la medida de incautación y se encuentran relacionadas con la citada pretensión de variación de la medida. Por lo que, carece de objeto emitir pronunciamiento, debido a que consideramos que este extremo presenta vicio y debe ser declarado nulo.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, de conformidad con los artículos 409 y 150 del Código Procesal Penal, y demás normas invocadas, **RESUELVEN:**

- 1. DECLARAR PARCIALMENTE NULA** la Resolución N.º 5, de fecha tres de octubre de dos mil diecinueve, emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el **extremo** que resolvió declarar **improcedente la solicitud de variación de la medida cautelar de incautación** formulada por la defensa de la persona jurídica **Dorado Asset Management Company S. A. C.**, respecto de los siguientes inmuebles: **i)** lote 2-B, zona 9, sección 2-B, distrito de Cieneguilla, provincia y departamento de Lima, inscrito en la Partida Registral N.º 45196550; y **ii)** calle Choquehuanca N.º 967 (puerta principal) y N.º 953 (puerta de garaje), distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima, inscrito en la Partida Registral N.º 07028520.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

2. **SE DISPONE** que otro juez de los juzgados de investigación preparatoria de este Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios emita nueva resolución. **Notifíquese y devuélvase.**

Sres.:


SALINAS SICCHA


GUILLERMO PISCOYA


ENRIQUEZ SUMERINDE




KAROL ASTRITH ZEA SALAS
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
1ª Sala Plena de Apelaciones Nacional Permanente
Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios

