

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 864-2017/NACIONAL
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

La Incautación cautelar y sus presupuestos

Sumilla. 1. La incautación cautelar está informada por los principios de intervención indiciaria (suficientes elementos de convicción) y de proporcionalidad –prohibición del exceso– (cumplimiento de los requisitos generales de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad). El principio de proporcionalidad, desde la coerción real, se expresa, en orden al peligrosismo procesal, en evitar los riesgos de ocultamiento de los bienes, insolvencia sobrevenida, obstaculización de la averiguación de la verdad o reiteración delictiva. Así está consagrado en el artículo 253, apartados 2 y 3, del Código Procesal Penal, en cuya virtud se exige el cumplimiento de sus presupuestos materiales. El peligrosismo procesal se concreta puntualmente, conforme al artículo 317, apartado 1), del Código Procesal Penal, en neutralizar el peligro o riesgo “...de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito (i) pueda agravar o prolongar sus consecuencias o (ii) facilitar la comisión de otros delitos”. 2. La medida de incautación cautelar, en tanto recae sobre bienes relacionados con el delito, afecta por extensión necesaria a quien lo tenga en su poder, sea interviniente en el delito o no responsable penal del mismo. En este último caso, el tercero afectado debe ser de mala fe –única exigencia para que proceda la incautación y, luego, el decomiso–. 3. Cuando el hecho delictivo entraña la intervención de personas jurídicas, el tipo infraccional es propio. El presupuesto del tipo es el injusto típico, pero no es su elemento o supuesto de hecho constitutivo. Éste es, alternativamente, que el injusto típico (i) fuere cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o (ii) que se utilice su organización para favorecerlo o encubrirlo. 4. En el recurso de apelación no puede introducirse un pedido adicional, aun cuando sea alternativo, en tanto que ello importaría alterar los elementos esenciales del objeto procesal que queda delimitado por los escritos de interposición y alegaciones en el concreto incidente de reexamen de la medida de incautación. En la apelación rige también la prohibición de la “mutatio libelli”. La improcedencia de tal pedido es, a todas luces, ineludible.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiuno de mayo de dos mil dieciocho

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por los motivos de quebrantamiento de precepto procesal, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por la defensa de la empresa PROMOTORA E INMOBILIARIA SANTA CLARA SOCIEDAD ANÓNIMA contra el auto de vista de fojas setenta y seis, de

cinco de junio de dos mil diecisiete, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y cuatro, de doce de abril de dos mil diecisiete, declaró infundada su solicitud de reexamen de la medida de incautación y variación de medida de inhibición sobre tres inmuebles inscritos en la partida unificada número trece cero catorce cinco noventa y dos; con lo demás que al respecto contiene; en el proceso seguido contra Rodolfo Orellana Rengifo y otros por delitos de lavado de activos y asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que por escrito de fojas sesenta y dos, de veinticuatro de enero de dos mil diecisiete –del cuaderno formado en esta sede suprema–, el Fiscal Adjunto Provincial de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, solicitó medida de incautación cautelar de bienes inmuebles en forma de administración por la Comisión Nacional de Bienes Nacionales – CONABI e inscripción en registros públicos e inhibición del inmueble denominado “Cervatel”, conformado por: *i*) inmueble inscrito en la partida registral número cero setenta cincuenta y ocho ochenta y cuatro nueve, ubicado en el Valle de Ate que formó parte de la parcelación “La Estrella-Ate”; *ii*) inmueble inscrito en la partida registral número cero setenta veinticinco cuarenta y seis tres, ubicado en el Valle Ate Alto Lote tres guión A fundo “La Estrella-Ate”; *iii*) inmueble inscrito en la partida registral número cuarenta y dos noventa y uno cuarenta y dos noventa, ubicado en la parcela “A” fundo La Estrella-Lurigancho. Estos inmuebles actualmente se encuentran inscritos a nombre de la empresa “Promotora e Inmobiliaria Santa Clara Sociedad Anónima”, en la partida unificada número trece cero catorce cincuenta nueve dos, unificación que se produjo el año dos mil trece.

Mediante auto de fojas ciento trece, de tres de febrero de dos mil diecisiete –del cuaderno formado en esta instancia suprema–, el Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional declaró fundado el requerimiento y decretó la medida de incautación cautelar de bienes inmuebles en forma de inscripción en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP; y, para efectos del bloqueo de la partida registral correspondiente, respecto de los inmuebles mencionados, ordenó oficiar al Jefe de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos para la inscripción de la medida de inhibición, que comprende la abstención para disponer o gravar los inmuebles afectados.

SEGUNDO. Que la defensa de la empresa “Promotora e Inmobiliaria Santa Clara Sociedad Anónima Cerrada” –en adelante, Santa Clara–, por escrito de fojas uno,

de veintinueve de marzo de dos mil diecisiete, solicitó el reexamen judicial de las medidas de incautación cautelar e inhibición.

Por auto de fojas treinta y cuatro, de doce de abril de dos mil diecisiete, se declaró infundada la solicitud de reexamen de dichas medidas. Contra esta decisión la defensa de la empresa Santa Clara recurrió en apelación; alzada que fue concedida por auto de fojas sesenta y tres, de cinco de mayo de dos mil diecisiete.

TERCERO. Que la Sala Penal de Apelaciones Nacional por auto de vista de fojas setenta y seis, de cinco de junio de dos mil diecisiete, confirmó el auto de primera instancia que declaró infundada la solicitud de reexamen de las medidas de incautación e inhibición sobre el aludido inmueble denominado "Cervatel", sujeto a las tres partidas registrales ya citadas, debidamente unificadas. Los tres inmuebles afectados actualmente se encuentran inscritos a nombre de la empresa Santa Clara, conforme se desprende de la partida unificada número trece cero catorce cincuenta y nueve dos.

CUARTO. Que, ante la decisión adversa, la defensa de la empresa Santa Clara interpuso recurso de casación por escrito de fojas noventa y cuatro, de veintisiete de junio de dos mil diecisiete. Invocó como motivos de casación los cinco legalmente previstos en el Código Procesal Penal: artículos 429, incisos 1, 2, 3, 4, y 5.

Alegó que el Tribunal Superior no se pronunció respecto de la pretensión alternativa que fue materia del recurso de apelación; que se dictó indebidamente la medidas de inhibición sobre el inmueble sin considerar su verdadera naturaleza, finalidad y efectos jurídicos, con violación del artículo 102 del Código Penal; que no cabía ninguna medida cautelar porque las condiciones de adquisición del bien por la empresa no lo permiten; que la empresa no estaba procesada y el bien no tiene relación con el delito cometido; que se infringió la casación vinculante número 382-2013/Puno.

En cuanto a las razones para el acceso excepcional a la casación señaló que se confundió la finalidad y carácter de los bienes sobre los que recaen la incautación y la inhibición; que éstas no proceden frente a bienes de terceros; que, cuando existe apartamiento de la doctrina jurisprudencial, el juez debe motivar su resolución con mayor énfasis.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas –sin la presentación de escrito alguno–, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas cuatrocientos treinta y cuatro, de quince de diciembre de dos mil diecisiete, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el citado recurso formulado por los motivos de quebrantamiento de precepto procesal, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de la

doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 2, 4 y 5, del Código Procesal Penal).

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día catorce de mayo del presente año, ésta se realizó con la concurrencia del abogado de la recurrente Inmobiliaria Santa Clara, doctor José Leandro Reaño Peschiera, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el auto materia de cuestionamiento surge a raíz del proceso penal seguido contra Rodolfo Orellana Rengifo y otros por la comisión del delito de lavado de activos y asociación ilícita para delinquir (organización criminal) en agravio del Estado.

El auto de incautación cautelar en forma de administración por CONABI y de inhibición e inscripción de bien inmueble corriente a fojas ciento trece, de tres de febrero de dos mil diecisiete, vinculó el bien afectado con los hechos investigados por las siguientes razones:

- A. La empresa Consorcio Gerencial SAC –en adelante Consorcio Gerencial–, es una empresa de fachada del “Clan Orellana”. La sociedad conyugal conformada por Pedro Rolando Landa Niada y Susana Amalia Calderón Vascones son testaferros de Rodolfo Orellana Rengifo. Xinjian Qu es socio de Orellana Rengifo, y participó con la empresa HQ Inversiones Saca –en adelante, HQ Inversiones–, como testaferro y acreedor hipotecario por cuatro millones novecientos mil soles, en la primera compra venta fraudulenta de los inmuebles denominados “Cervatel” –Centro Recreacional y Vacacional Telefónico–. Por lo tanto, ese negocio jurídico sería simulado y delictivo.
- B. La empresa Shamrock del Perú SAC –en adelante Shamrock–, representada por su gerente general, Carlos José Luis Chuman San Martín, suscribió la minuta de compra venta el día diez de enero de dos mil doce con la sociedad conyugal conformada por Pedro Rolando Landa Niada y Susana Amalia Calderón Vascones, respecto de los inmuebles “Cervatel”, por ocho millones quinientos mil dólares. Sin embargo, estos bienes, meses antes, habían sido adquiridos por la citada sociedad conyugal a la empresa Consorcio General, con minuta de nueve de agosto de dos mil once, elevada a escritura pública el quince de agosto de dos mil once, aclarada el veintiuno de diciembre de dos

mil once –luego, la compra venta a la empresa Shamrock se verificó veintidós días después–, a mérito de la cual se constituyó hipotecas sobre aquellos a favor de la empresa HQ inversiones, por la suma de cinco millones de soles. Esta transferencia no fue regular por: *i)* la diferencia de precios, *ii)* la rapidez de la compraventa, *iii)* el pago de los quinientos mil dólares que pagó la citada empresa como adelanto de arras a la firma de la minuta, que representa un riesgo que ninguna empresa inmobiliaria aceptaría al exponerse a perder su inversión.

C. A continuación, la empresa Shamrock el diecisiete de abril de dos mil doce firmó un contrato de colaboración empresarial, para ejecutar el Proyecto Santa Clara, con la empresa Mota Engil Perú SAC –en adelante, Mota Engil–, en cuya virtud la primera transferiría a la segunda el cincuenta por ciento de sus acciones y derechos sobre el inmueble por el precio de cuatro millones doscientos cincuenta mil dólares americanos, así como ambas empresas constituirían una nueva empresa (Inmobiliaria Santa Clara Sociedad Anónima Cerrada) con un capital social de diez mil soles –que se constituyó efectivamente el treinta de abril de dos mil doce–, a la que transferirán el cien por ciento de sus acciones y derechos sobre el citado inmueble “Cervatel”. Para la ejecución del indicado proyecto inmobiliario intervino en la financiación el Banco Financiero, que valuó el inmueble “Cervatel” en diecisiete millones setecientos cuarenta y seis mil ciento setenta dólares americanos (con fecha dos de mayo de dos mil doce) que recibió en hipoteca por escritura pública de trece de junio de dos mil doce. El veintinueve de mayo de dos mil doce, en cumplimiento del contrato de colaboración empresarial, las empresas Shamrock y Mota Engil vendieron el cien por ciento del inmueble “Cervatel” a la nueva empresa Inmobiliaria Santa Clara por la misma suma de ocho millones quinientos mil dólares americanos. El ocho de julio de dos mil catorce Shamrock mediante una escritura pública de transacción con Mota Engil entregó su parte de derechos y acciones de Inmobiliaria Santa Clara, de suerte que Mota Engil tiene el control del ciento por ciento de las acciones de Inmobiliaria Santa Clara.

D. Los socios y representantes de las mencionadas empresas, por consiguiente, se coludieron para adquirir el inmueble “Cervatel” con conocimiento que fue adquirido fraudulentamente por la organización criminal “Clan Orellana”. En efecto, la empresa Shamrock adquirió los tres lotes de terreno “Cervatel” por un precio subvaluado de ocho millones quinientos mil dólares pese a tener conocimiento de su origen y, a continuación, transfirió el cincuenta por ciento de los derechos y acciones de los mismos a la empresa Mota Engil por cuatro millones doscientos cincuenta mil dólares americanos –la mitad del precio del valor total de adquisición a la sociedad conyugal Landa-Calderón–. Acto seguido, ambas empresas (Shamrock y Mota Engil) vendieron el cien por ciento de los derechos y acciones de los citados bienes a la empresa

Inmobiliaria Santa Clara por ocho millones quinientos mil dólares americanos –como consecuencia de un contrato de colaboración empresarial, de la que resultó Inmobiliaria Santa Clara–. Cabe indicar que Jorge Manuel Santos Da Cunha Balsemao es el gerente general de esta última empresa desde el veintiuno de julio de dos mil catorce, quien además fue gerente general de la empresa Mota Engil a partir del cuatro de diciembre de dos mil trece.

- E. La empresa Inmobiliaria Santa Clara mediante escritura pública de trece de junio de dos mil doce constituyó hipoteca a favor del Banco Interamericano de Finanzas hasta por diecisiete millones setecientos cuarenta y seis mil ciento diecisiete de dólares americanos –precio de la tasación de valor comercial realizada por dicho Banco, aunque la recurrente postuló que esa tasación está errada por dos razones puntuales– por el terreno rural que formó parte de la Parcelación la Estrella-Ate, que corre inscrito en la partida número cero setenta cincuenta y ocho ochenta y cuatro nueve, en conjunto de otros inmuebles.

SEGUNDO. Que el auto que decretó la medida de incautación cautelar de bienes inmuebles, ordenó la inscripción de la medida de inhibición y comprendió la abstención para disponer o gravar los inmuebles afectados, fundamentó su decisión en lo siguiente: 1. La incautación cautelar incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la Ley. 2. El inmueble “Cervatel”, constituido por los inmuebles ya detallados, fueron adquiridos previa ejecución de actos fraudulentos y con la finalidad de ocultar su procedencia ilícita.

Así, según esta resolución, se estableció su vinculación con el supuesto de hecho de la medida de incautación.

TERCERO. Que la defensa de la empresa Santa Clara solicitó el reexamen judicial de ambas medidas. Sin embargo, por auto de fojas treinta y cuatro, de doce de abril de dos mil diecisiete, se desestimó.

No conforme con dicha decisión la defensa de la mencionada empresa interpuso recurso de apelación. Argumentó que: 1. No es posible el decomiso e efectos del delito transferidos a terceros de buena fe y a título oneroso. 2. La casación número trescientos ochenta y dos guión dos mil trece diagonal Puno, indica que solo puede aplicarse incautación sobre los bienes de propiedad de alguno de los investigados. 3. La empresa Santa Clara no se encuentra incluida en la presente investigación, por lo que no corresponde la incautación de sus bienes. 4. Las empresas Santa Clara y Mota Engil fueron incorporadas en la investigación preliminar tras haber sido solicitadas la incautación y el reexamen. 5. Los elementos probatorios incorporados por la Fiscalía fueron desvirtuados. 6. El auto de primera instancia no valoró los elementos de descargo presentados. 7. La

empresa Santa Clara pagó el precio del inmueble con un crédito otorgado por el Banco Interamericano de Finanzas, lo que explica los fondos obtenidos para la compra del inmueble. 8. La empresa Mota Engil no tenía modo de saber que la empresa Shamrock había comprado los bienes al “Clan Orellana” a sabiendas de su procedencia ilegal. 9. En el año dos mil doce no se tenía noticias de las actuaciones del “Clan Orellana”, por lo que es imposible que sospeche de la ilicitud de la adquisición del inmueble, tanto más si la empresa Shamrock tenía prestigio comercial. 10. Como pretensión alternativa pidió la devolución del inmueble a cambio del depósito inmediato de su valor o, en todo caso, la entrega provisional del inmueble a su patrocinada, bajo reserva de una reversión, conforme lo dispuesto en el artículo 318, apartado 3, del Código Procesal Penal.

CUARTO. Que la Sala Superior, al confirmar el auto de primera instancia que declaró infundada la solicitud de reexamen de medida de incautación e inhibición sobre el inmueble denominado “Cervatel”, precisó que los elementos de convicción aportados y los argumentos de la defensa no tienen la intensidad acreditativa que justifique variar la medida de inhibición ni el reexamen de la incautación cautelar recaídos sobre los bienes inmuebles afectados.

No contestó, empero, la pretensión alternativa.

QUINTO. Que el análisis del recurso de casación se centra en determinar si por medio del control de la motivación del auto de vista impugnado, sin realizar ninguna indagación fáctica, es posible jurídicamente la expedición de una medida de incautación sin que el afectado tenga la condición de imputado en la causa. De igual manera, si está permitido imponer conjuntamente las medidas coercitivas reales de incautación y de inhibición. Asimismo, la amplitud y contenido de la motivación del auto de vista en relación a la pretensión impugnativa, desde las exigencias de la denominada “motivación constitucionalmente defectuosa”.

Es de entender, por lo demás, que se cuestiona (i) el alcance de dos instituciones procesales de carácter coercitivo patrimonial, (ii) el principio de congruencia entre pretensión impugnativa y resolución de vista, y (iii) el efecto de una sentencia vinculante, desde el control externo de la motivación. Se trata de temas relevantes, de carácter general, y sobre los cuales es del caso construir progresivamente una precisa doctrina jurisprudencial.

SEXTO. Que, ahora bien, la incautación cautelar es una medida de coerción real o patrimonial que, según el artículo 316, apartado 1), del Código Procesal Penal, incide (objeto material) en los efectos provenientes de la infracción penal, los instrumentos con que se hubiere ejecutado o en los objetos del delito permitidos por la ley –a partir de la última reforma del artículo 102 del Código Penal, materia del Decreto Legislativo número 1351, de siete de enero de dos mil

diecisiete, y atento a lo previsto en el apartado 3) del primer artículo citado, también comprende las ganancias del delito—.

Como medida limitativa de un derecho fundamental —de propiedad— está informada por los principios de intervención indiciaria (suficientes elementos de convicción) y de proporcionalidad —prohibición del exceso— (cumplimiento de los requisitos generales de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad). El principio de proporcionalidad, desde la coerción real, se expresa, en orden al peligrosismo procesal, en evitar los riesgos de ocultamiento de los bienes, insolvencia sobrevenida, obstaculización de la averiguación de la verdad o reiteración delictiva. Así está consagrado en el artículo 253, apartados 2 y 3, del Código Procesal Penal, en cuya virtud se exige el cumplimiento de sus presupuestos materiales.

Asimismo, en lo específico, tratándose de la incautación cautelar, el peligrosismo procesal se concreta puntualmente, conforme al artículo 317, apartado 1), del Código Procesal Penal, en neutralizar el peligro o riesgo “...de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito (i) pueda agravar o prolongar sus consecuencias o (ii) facilitar la comisión de otros delitos”.

La exigencia de “suficientes elementos de convicción”, desde luego, abarca no solo al *fumus delicti comissi* (razonable atribución del hecho punible a un imputado, desde el estándar de probabilidad delictiva o sospecha suficiente), sino también al *periculum in mora* (riesgo de ocultación patrimonial —de los bienes delictivos— o peligro de reiteración delictiva utilizándolos de uno u otro modo, y, en lo específico, que estos puedan agravar o prolongar las consecuencias del delito o facilitar la comisión de otros delitos).

SÉPTIMO. Que la medida de incautación cautelar, en tanto recae sobre bienes relacionados con el delito, afecta por extensión necesaria a quien lo tenga en su poder, sea interviniente en el delito o no responsable penal del mismo. En este último caso, el tercero afectado debe ser de mala fe —única exigencia para que proceda la incautación y, luego, el decomiso—. Precisa al respecto el artículo 102, párrafo final, del Código Penal, que el decomiso no se dispondrá cuando el bien delictivo ha sido transferido a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga. Este último (adquiriente de buena fe del bien delictivo) —en función al elemento “homogeneidad”, propio de las medidas de coerción en relación a la medida ejecutiva a la tiende a preordenar (decomiso)—, tal como preceptúa el artículo 318, apartado 4), del Código Procesal Penal, tiene la condición de tercero en el proceso penal y, como tal, se autorizará su participación en él, será oído —personalmente o por escrito— y podrá oponerse a la incautación.

Lo expuesto significa que no necesariamente el interviniente en el delito será la única persona que por su relación con el bien delictivo sufrirá la pérdida del mismo con motivo de su traslado a la esfera de titularidad del Estado. Es

relevante, esencialmente, que el bien sea instrumento, objeto, efecto o ganancia del delito concreto que se ha cometido, de la infracción punible materia de procesamiento, enjuiciamiento y, en su caso, condena. Es factible que un bien delictivo, con posterioridad a la comisión del ilícito penal en cuestión, pudo haber sido entregado o transferido a un tercero. En estos casos lo relevante es cómo y bajo qué condiciones este tercero ajeno al indicado delito entró en posesión o adquirió el bien delictivo; si lo hizo de buena fe la incautación y el decomiso no procederá, pero si lo recibió o adquirió de mala fe el tercero perderá el bien a favor del Estado.

Se trata de un criterio general, pacífico en la legislación y la dogmática jurídica. Por tanto, no es óbice a la incautación y, luego, al decomiso de un bien delictivo que el titular actual del mismo intervino en la comisión del delito o que, incluso, con motivo de esa adquisición haya cometido un delito distinto. Delincuente o no, el bien delictivo de quien lo tiene en su poder se incauta y, finalmente, se decomisa –salvo que se trate de un tercero de buena fe–. No hace falta que, al tiempo de la incautación, quien lo tiene esté procesado. Interesa, a estos efectos, el propio bien delictivo que se incauta, no quién lo tiene en su poder.

OCTAVO. Que, desde el *fumus delicti commissi*, la probabilidad –como base del estándar de la convicción judicial– de la obtención delictiva de los inmuebles incautados y, mediante actos fraudulentos que incluyeron contratos simulados y arbitrajes delictivos, su incorporación sucesiva al patrimonio de diversas personas –naturales y jurídicas–, por lo menos, hasta antes de la transferencia a la empresa recurrente, que incluyeron actos típicos de lavado de activos, estaría consolidada indiciariamente. De ser así, es obvio que la incautación resultaría idónea, necesaria y estrictamente proporcional (el delito comprendía el bien en sí mismo) para evitar su ulterior ocultamiento y, en su caso, evitar la sucesiva comisión de delitos de lavado de activos con otras transferencias propias de un blanqueamiento del origen delictivo del mismo.

NOVENO. Que, sin embargo, este no es el punto central del presente incidente cautelar, pues no afectó a ninguna de las personas anteriormente involucradas (empresa Consorcio General y sociedad conyugal Landa-Calderón). Tampoco se trata de sostener que formalmente Inmobiliaria Santa Clara y Mota Engil fueron incorporadas como investigadas en la causa con posterioridad a la incautación dispuesta judicialmente –no es un dato formal lo relevante–. Cuando el hecho delictivo entraña la intervención de personas jurídicas, el tipo infraccional es propio. El presupuesto del tipo es el injusto típico, pero no es su elemento o supuesto de hecho constitutivo. Éste es, alternativamente, que el injusto típico (i) fuere cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o (ii) que se utilice su organización para favorecerlo o encubrirlo –es decir, como apunta GRACIA MARTÍN, el fundamento de las medidas contra las personas jurídicas

(artículo 105 del Código Penal y fijadas en el rubro de las “consecuencias accesorias del delito”, que no de la pena) es tal estado de desorganización que ha propiciado y favorecido la comisión del hecho por la persona física relacionada con aquella, y la relación existente entre ambas personas, y finalidad es la neutralizar o disminuir en lo posible tal peligrosidad objetiva como medio de prevención de la comisión futura de nuevos hechos punible—.

No hay duda de la comisión de un acto de lavado de activos con el inmueble “Cervatel”, pero lo que debe dilucidarse es si la adquisición del inmueble por Inmobiliaria Santa Clara —y, antes, por la empresa Shamrock— importó o no un negocio jurídico realizado bajo la pauta de un “defecto de organización”. Es decir, si se incorporó al patrimonio de la empresa un bien que se sabía que era delictivo o que, por la forma y circunstancias de su adquisición, estaba en condiciones de advertir su origen delictivo, todo lo cual fue posible porque la persona jurídica no tenía incorporado mecanismos internos de control, protocolos de seguridad en el ámbito de sus negocios con terceros o modelos de prevención adecuados e idóneos.

La determinación de tal defecto de organización se examina a partir de la existencia de estos programas —si legalmente están impuestos, como en el caso de las disposiciones sobre responsabilidad administrativa de personas jurídicas (Ley número 30424, de veintiuno de abril de dos mil dieciséis, y Decreto Legislativo número 1352, de siete de enero de dos mil diecisiete)—. En todo caso, la corrección o ilicitud de la transacción en cuestión se advertirá indiciariamente. Los indicios más relevantes están en función, por ejemplo, (i) al precio de venta del bien; (ii) al tipo de vínculos entre comprador y vendedor; (iii) a si su adquisición pertenece al giro del negocio de la persona que lo adquirió o sirve a sus fines sociales; (iv) a si se compra de una persona —natural o jurídica— solvente o de reputación consolidada; (v) a la seriedad y legalidad de la documentación y registros del inmueble; (vi) a la utilización de empresas financieras o bancarias de sólida reputación; (vii) a la realización de operaciones que dificulten o impidan la localización o destino de sus fuentes y que carezcan de una justificación legal o económica válida; (viii) al rol de la persona física que intervino en la transacción, etcétera.

DÉCIMO. Que lo expuesto en el fundamento jurídico precedente entraña un análisis desde el *fumus delicti commissi*: elementos del tipo infraccional en orden a la aplicación del artículo 105 del Código Penal y su relación con el delito cometido —que se erige en un presupuesto del supuesto de hecho del decomiso y, antes, de la incautación—. Este examen, imprescindible pero insuficiente, se completa con el estudio del *periculum in mora*. Esto es, superada la concurrencia del presupuesto material anterior, se debe dilucidar si ese bien, en caso de que no se dicte la incautación, pueda agravar o prolongar las consecuencias delictivas del delito cometido o pueda facilitar la comisión de otros delitos. Es evidente, en el

presente caso, en tanto se trata de un bien que está en el tráfico jurídico comercial, la probabilidad de que muy bien puede ser objeto de sucesivas transacciones de diversa índole, de suerte que si la autoridad no interviene para evitarlo y asumir el control patrimonial del mismo, se puede agravar las consecuencias del delito cometido y/o dar lugar a otros delitos sucesivos. Empero, lo central es definir lo primero: si podría ser de aplicación, en su caso, la concordancia de los artículos 102 y 105 del Código Penal.

UNDÉCIMO. Que, como ya se anotó, la incautación importa que el bien afectado pase al control de la autoridad –apartándose del control o posesión del mismo a quien se encuentra allí–, sin perjuicio de su inscripción en la SUNARP y de la determinación de su custodia e instrumentación de reglas de administración sobre aquél –el decomiso, a su vez, determina el traslado definitivo de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado–.

Durante el trámite de la causa, en tanto no peligran los fines de aseguramiento, conforme al artículo 318, apartado 3), del Código Procesal Penal, puede ser posible –si no existe ley específica en contrario– dos opciones alternativas a favor del afectado –la Ley no hace mención al imputado, sino al afectado (quien tenía en su poder el bien), luego, se ratifica que este último puede ser imputado o no–. Estas posibilidades son: 1. Devolver el bien al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor. 2. Entregarlo provisionalmente al afectado, bajo reserva de reversión, siempre que el afectado presente caución, garantía real o cumpla determinadas condiciones –básicamente de mantenerlo debidamente, no grabarlo o no enajenarlo–.

DUODÉCIMO. Que, en el presente caso, la motivación de la medida de incautación cautelar no solo (i) no se refirió a las exigencias específicas del artículo 105 del Código Penal en relación a las alegaciones de tratarse de un tercero adquirente de buena fe (ii) ni comprendió el análisis acerca del peligrosismo procesal, sino que, además, (iii) no se pronunció motivadamente respecto de la pretensión impugnativa alternativa con arreglo al artículo 318, apartado 3), del Código Procesal Penal.

Sobre este último punto, sin embargo, es de aclarar que, en pureza, se trató de una pretensión impugnativa alternativa que, por lo tanto, debió plantearse cuando se interpuso la pretensión de alzamiento de la incautación –esta pretensión impugnativa configura, propiamente, una cuestión o problema distinto del planteado en primera instancia–. En el recurso de apelación no puede introducirse un pedido adicional, aun cuando sea alternativo, en tanto que ello importaría alterar los elementos esenciales del objeto procesal que queda delimitado por los escritos de interposición y alegaciones en el concreto incidente de reexamen de la medida de incautación. En la apelación rige también

la prohibición de la "*mutatio libelli*". La improcedencia de tal pedido es, a todas luces, ineludible.

DECIMOTERCERO. Que, finalmente, se dictó acumulativamente dos medidas cautelares reales: la inhibición y la incautación. La primera está contemplada en el artículo 310 del Código Procesal Penal y está referida a las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito (reparación civil, multa y costas procesales); y, a diferencia del embargo, no solo impide la venta o gravámenes de bienes inmuebles y muebles de carácter registrable –bloquea el patrimonio desde fuera–, sino que se impone cuando procediendo el embargo éste no tiene efectividad por no conocerse bienes concretos del obligado o porque los bienes conocidos no cubren el importe total del daño causado y reclamado –recae en bienes libres, no delictivos–.

El decomiso es una consecuencia accesoria del delito, no responde a la responsabilidad pecuniaria derivada del delito –la incautación, a su vez, por su propia naturaleza y su consiguiente inscripción impide de por sí actos de transferencia o de gravamen por el afectado–. Por tanto, las medidas de coerción real de incautación e inhibición no pueden aplicarse –desde el elemento homogeneidad, típico de las medidas de coerción–, a instituciones jurídico-materiales distintas; además, la incautación importa, por su propia naturaleza, la imposibilidad de grabar o transferir el bien.

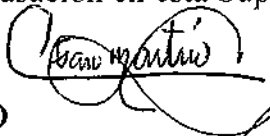
DECIMOCUARTO. Que, en consecuencia, se advierte una motivación incompleta, al no analizarse el ámbito del artículo 105 del Código Penal y, luego, al no examinarse los alcances del tercero adquirente de buena fe por parte de la persona jurídica Inmobiliaria Santa Clara. De otro lado, debe quedar claro que la incautación puede recaer en quien no es interviniente en el delito, siempre que su relación con el bien afectado sea de mala fe –una sentencia vinculante no puede alterar esta configuración dogmática–. Asimismo, la incautación y su respectiva inscripción registral impide, por su propia naturaleza, el gravamen y la transferencia del bien en cuestión. No es de recibo una inhibición acumulativa, por ser una medida cautelar configurada para otro tipo de situaciones jurídicas. La pretensión impugnativa debe guardar relación con la pretensión inicial; la primera no puede incorporar un motivo u objeto distinto o adicional al planteado en primera instancia.

DECISIÓN

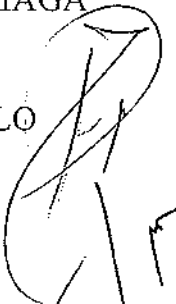
Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación por los motivos de quebrantamiento de precepto procesal, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por la defensa de la empresa PROMOTORA E INMOBILIARIA SANTA CLARA SOCIEDAD

ANÓNIMA contra el auto de vista de fojas setenta y seis, de cinco de junio de dos mil diecisiete. En consecuencia: **CASARON** el auto de vista de fojas setenta y seis, de cinco de junio de dos mil diecisiete, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y cuatro, de doce de abril de dos mil diecisiete, declaró infundada la solicitud de reexamen de la medida de incautación respecto del inmueble "Cervatel". **II. ORDENARON** que otro Colegiado Superior dicte nueva resolución de vista teniendo presente lo expuesto en la presente Ejecutoria. **III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública, se notifique a todas las partes personadas en esta sede Suprema y se publique en la Página Web del Poder Judicial. **IV. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

Ss.


SAN MARTÍN CASTRO


PRADO SALDARRIAGA

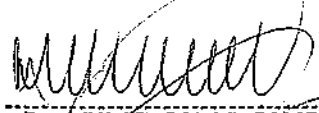

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES


SEQUEIROS VARGAS
CSM/ast

22 MAY 2018

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA