

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la sentencia de Casación N° 864-  
2017/Nacional

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de  
Abogado que presenta:

Carlos Andrés Osorio Alza

ASESOR:

Raúl Belealdo Pariona Arana

Lima, 2024

## Informe de Similitud


Yo, PARIONA ARANA, RAUL BELEALDO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la sentencia de Casación N° 864- 2017/Nacional", del autor(a) OSORIO ALZA, CARLOS ANDRES, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/12/2024.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 12 de diciembre del 2024

PARIONA ARANA, RAUL BELEALDO	
DNI: 20060770	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0001-8273-3627">https://orcid.org/0000-0001-8273-3627</a>	

## **RESUMEN**

El informe jurídico se centra en la Casación N° 864-2017/Nacional donde se desarrollan los presupuestos para declarar fundada una solicitud de reexamen de incautación cautelar. Al respecto, el problema jurídico principal es que se recurre al artículo 105° del Código Penal peruano que regula las consecuencias accesorias contra la persona jurídica para analizar los presupuestos del reexamen de incautación cautelar. De la revisión de doctrina y jurisprudencia se llega a la conclusión de que se ha realizado un análisis impertinente que no correspondía realizar en esta vía porque el artículo 105° del Código Penal tiene una naturaleza jurídica distinta a lo que es materia del recurso que se centra en un pedido de reexamen, así como se trata de un artículo que no es concordante con la incautación cautelar ni con el decomiso.

En esa línea, la referencia a normativa impertinente ha generado que se pierda la oportunidad de desarrollar los alcances del presupuesto del reexamen de incautación referido al tercero adquirente de buena fe en una investigación seguida por el delito de lavado de activos. Este presupuesto merecía un análisis de doctrina y jurisprudencia comparada y nacional expuestas en el presente informe a efectos de desarrollar debidamente su contenido.

Finalmente, no existe sustento legislativo ni dogmático para referirse al “defecto en la organización” como fundamento del artículo 105° del Código Penal peruano, por lo que en el presente informe se plantea la diferenciación entre lo establecido en el referido artículo respecto de lo que se pretende regular en la Ley N° 30424 y sus modificatorias.

### **Palabras clave**

Incautación cautelar, presupuestos de reexamen de incautación cautelar, consecuencias accesorias contra las personas jurídicas, tercero adquirente de buena fe, decomiso

## **ABSTRACT**

*This legal report focuses on the Casación N° 864-2017-Nacional where the conditions for declaring granted a request for reexamination of precautionary seizure are developed. In this regard, the main legal problem is that article 105 of the Peruvian Criminal Code, which regulates the accessory consequences against legal persons, is used to analyze the conditions of the re-examination of precautionary seizure. From the review of doctrine and jurisprudence, it is concluded that an impertinent analysis has been made that was not appropriate to carry out in this way because article 105 of the Criminal Code has a different legal nature different to what is the subject of the appeal, which is focused on a request for reexamination, as well as it is an article that is not consistent with the precautionary seizure or forfeiture.*

*Along these lines, the reference to impertinent regulations has generated the loss of the opportunity to develop the scope of the requirement of the reexamination of seizure referring to the third party acquirer in good faith in an investigation followed for the crime of money laundering. This condition deserved an analysis of comparative and national doctrine and jurisprudence exposed in this report in order to duly develop its content.*

*Finally, there is no legislative or dogmatic support to refer to the “defect in the organization” as the basis of article 105 of the Peruvian Criminal Code, which is why this report proposes the differentiation between what is established in the aforementioned article with respect to what is intends to regulate in Law N° 30424 and its amendments.*

### **Keywords**

Precautionary seizure, conditions for the reexamination of precautionary seizure, accessory consequences against legal persons, third party acquirer in good faith, forfeiture.

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	<b>1</b>
Palabras clave.....	1
<b>CUADRO RESUMEN DE DATOS PRINCIPALES DEL CASO</b> .....	<b>4</b>
1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	5
1.2. Presentación del caso y del análisis.....	7
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES DEL CASO</b> .....	<b>9</b>
2.1. Antecedentes .....	9
2.2. Hechos relevantes del caso .....	9
2.3. Iter procesal .....	10
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	<b>12</b>
3.2. Problemas secundarios.....	12
<b>IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO</b> .....	<b>13</b>
4.1. Respuestas al problema principal y problemas secundarios .....	13
¿La casación N° 864-2017-Nacional realizó un análisis adecuado de los presupuestos para declarar fundada una medida de reexamen de incautación cautelar? .....	13
¿Era necesario el análisis del artículo 105° del Código Penal a efectos de analizar motivadamente el pedido de reexamen de la medida de incautación cautelar contra el inmueble “Cervatel”? .....	14
¿Es correcto el análisis de “defectos en la organización” para verificar si la adquisición del inmueble “Cervatel” fue de buena fe?.....	14
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	15
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	<b>16</b>
5.1. Problema principal: ¿El fundamento jurídico del reexamen de incautación implica realizar un análisis propio de la imposición de consecuencias accesorias regulado en el artículo 105° del Código Penal?.....	16
5.2. Problema secundario 1: ¿La casación N° 864-2017-Nacional realizó un análisis adecuado de los presupuestos para declarar fundada una solicitud de reexamen de incautación cautelar?.....	16
Problema secundario 2: ¿Era necesario el análisis del artículo 105° del Código Penal a efectos de analizar motivadamente el pedido de reexamen de la medida de incautación cautelar contra el inmueble “Cervatel”? .....	29
Problema secundario 3: ¿Es correcto el análisis de “defectos en la organización” para verificar si la adquisición del inmueble “Cervatel” fue de buena fe? .....	34
<b>VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES</b> .....	<b>42</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>46</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>50</b>

## CUADRO RESUMEN DE DATOS PRINCIPALES DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE</b>	Casación N° 864-2017/Nacional
Áreas del derecho sobre las cuales versa el caso	Derecho Penal Derecho Procesal Penal
Identificación de las resoluciones más importantes en el presente caso	<p>Resolución del 03 de febrero de 2017, mediante la cual se declaró fundado el requerimiento de incautación cautelar en forma de administración e inscripción en registros públicos, e inhibición de los inmuebles “Cervatel” a nombre de Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C.</p> <p>Resolución del 12 de abril de 2017 mediante la cual se declaró infundada la solicitud de reexamen de la medida de incautación cautelar y variación de medida de inhibición solicitada por la defensa de Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C.</p> <p>Resolución del 05 de junio de 2017 de la Sala Penal de Apelaciones Nacional que declaró infundada la apelación y confirmó la Resolución del 12 de abril de 2017.</p> <p>Recurso de Casación N° 864-2017/Nacional.</p>
Denunciante	Estado Peruano
Denunciado	Rodolfo Orellana Rengifo y otros.
Instancia jurisdiccional	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Justificación de la elección de la resolución**

En la Casación materia de análisis se casa la resolución de vista que confirmó el auto de primera instancia que declaró infundada la solicitud de reexamen de la medida de incautación cautelar del inmueble “Cervatel”- conformado por tres inmuebles en una partida unificada- porque la Corte Suprema señala que presenta un vicio de motivación incompleta en el análisis de la adquisición del inmueble “Cervatel” de parte de la empresa Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C. Así, en el fundamento decimocuarto señala que no se analizó el artículo 105° del Código Penal y que no se examinó los alcances del tercero adquirente de buena fe. Por ello, concluye que se necesita de un nuevo pronunciamiento dónde se realice una debida motivación y análisis de los puntos antes expuestos.

La justificación de la elección de esta resolución y su carácter innovador en Perú radica en que propone la necesidad de valorar el artículo 105° del Código Penal que regula las consecuencias accesorias contra las personas jurídicas para verificar la inexistencia o no del *fumus comissi delicti* en un incidente de reexamen de incautación cautelar. Asimismo, propone la posibilidad de concordar el análisis del artículo 102° con el artículo 105° del Código Penal como un análisis propio de los presupuestos para declarar fundada una solicitud de reexamen de incautación cautelar.

Al respecto, se evidencia que el problema jurídico de la casación radica en que fundamenta su decisión en la necesidad de aplicación del artículo 105° del Código Penal a efectos de obtener una resolución debidamente motivada; sin embargo, considero que este artículo del Código Penal no es pertinente a efectos de analizar los presupuestos para declarar fundado un pedido de reexamen de incautación cautelar. Aunado a ello, en este tipo de pedidos de reexamen no sería necesario el análisis del *fumus comissi delicti* o del peligro procesal, sino que se necesita la configuración de presupuestos propios referidos a que se trate

de un propietario de buena fe que prueba su no participación en el delito, los cuales no han sido debidamente desarrollados en la presente Casación.

Por otro lado, la Casación es relevante porque en el fundamento noveno se establecen ocho indicios a tener en cuenta con la finalidad de verificar si la adquisición del inmueble es lícita y de buena fe; sin embargo, no se dotó de marco normativo o jurisprudencial que sustente cada uno de los indicios desarrollados, lo cual se constituye como una oportunidad perdida para desarrollar de forma completa los alcances del presupuesto de tercero adquirente de buena fe.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el mismo fundamento noveno la Casación realiza una interpretación no establecida en ley procesal alguna al establecer que el conocimiento o la posibilidad de conocimiento del origen delictivo de los bienes materia del delito de lavado de activos – conocimiento que desestima una solicitud de reexamen de incautación por configurarse la intervención en el delito de lavado de activos - sucede cuando una persona jurídica no tiene incorporados mecanismos de control o modelos de prevención adecuados. Este extremo es relevante porque se declararía de forma automática fundado el presupuesto de no intervención en el delito investigado cuando se implemente un modelo de prevención y, viceversa, sería posible desestimar un pedido de reexamen únicamente por no contar con modelos de prevención adecuados, lo cual es una exigencia no establecida en ley procesal alguna.

Finalmente, la Casación plantea asimilar lo regulado en el artículo 105° del Código Penal con la Ley N° 30424 al establecer que el fundamento dogmático del “defecto en la organización” se encontraría presente en ambas normas. Al respecto, es necesario establecer que lo regulado en el artículo 105° del Código Penal sobre consecuencias accesorias contra personas jurídicas se remite siempre a la actuación de la persona natural que instrumentaliza a la persona jurídica; por el contrario, un “defecto en la organización” responde a una naturaleza de infracción propia de la persona jurídica que omitió implementar controles adecuados y, fruto de eso, es responsable penalmente. Por lo que el presente informe jurídico plantea la necesidad de diferencias ambos cuerpos

normativos que responden a fundamentos jurídicos distintos. En todo caso, este análisis no dota de contenido a los presupuestos del reexamen de incautación por lo que la Casación no debió remitirse al defecto en la organización.

La sentencia es compleja porque versa sobre aspectos dogmáticos que deben ser desarrollados a profundidad, tales como: (i) los presupuestos de reexamen de incautación cautelar con especial énfasis en el tercero adquirente de buena fe y (ii) el “defecto en la organización” como fundamento de atribución de responsabilidad penal de personas jurídicas.

## **1.2 Presentación del caso y del análisis**

En este caso se analizan los presupuestos para declarar fundado un reexamen de la medida de incautación cautelar dentro de un proceso penal por la comisión del delito de lavado de activos con especial énfasis en el análisis de la posición del tercero adquirente de buena fe de inmueble que es objeto de incautación.

Por un lado, la empresa Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C solicitó la medida de reexamen a través de su defensa técnica aportando elementos de convicción que sustentaban su pretensión en el sentido que consideraban que se dio la adquisición de buena fe del inmueble “Cervatel”, así como, alegan que su representada es un tercero que no estaba procesado, por lo que no correspondía la incautación contra el referido inmueble. Por otro lado, la Fiscalía requiere la incautación del inmueble “Cervatel” que era propiedad de Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C, con la finalidad de asegurar los objetos del delito de lavado de activos que investigaba en contra del “Clan Orellana”, para ello sostuvo que se mantenían los presupuestos materiales de apariencia de buen derecho y peligro en la demora en la medida de incautación.

De ambas posiciones he logrado identificar el siguiente problema principal: ¿El fundamento jurídico del reexamen de incautación implica realizar un análisis propio de la imposición de consecuencias accesorias regulado en el artículo 105° del Código Penal?

En esa línea, para responder dicha interrogante, es necesario realizar las siguientes preguntas secundarias: ¿La casación N° 864-2017-Nacional realizó un análisis adecuado de los presupuestos para declarar fundada una solicitud de reexamen de incautación cautelar? ¿Era necesario el análisis del artículo 105° del Código Penal a efectos de analizar motivadamente el pedido de reexamen de la medida de incautación cautelar contra el inmueble “Cervatel”?

Finalmente, es necesario formular la siguiente interrogante: ¿Es correcto el análisis de “defectos en la organización” para verificar si la adquisición del inmueble “Cervatel” fue de buena fe?

Considero que para resolver los problemas jurídicos expuestos es necesario plantear como instrumento el libro elaborado por Marcial Rubio denominado "El sistema jurídico - Introducción al Derecho" dónde se observa en su anexo 2 la “Guía para preparación de exámenes de título de abogado” y se establece el análisis de los siguientes apartados de forma sistemática: (i) identificación de los hechos relevantes, (ii) identificación y ordenamiento de problemas jurídicos principales y secundarios, (iii) análisis de problemas jurídicos, (iv) conclusiones sobre cada problema y el caso en su conjunto (2009, p. 338). En suma, en el siguiente apartado se analizará de forma pormenorizada los hechos del caso, así como, se abordarán el problema principal y los problemas secundarios con la respuesta formulada de cada uno.

Por otro lado, los instrumentos que analizaré en el presente trabajo serán principalmente referencias doctrinales y jurisprudenciales. Como referencias doctrinales, he revisado fuentes nacionales e internacionales. Respecto de las nacionales, he revisado a autores nacionales como Percy García Caveró, César San Martín Castro, Ivan Meini, entre otros; como autores internacionales, he revisado a Klaus Tiedemann, Gracia Martín, Aguado Correa, Muñoz Conde, entre otros.

Asimismo, he realizado un análisis crítico del Código Procesal Penal y del Código Penal a partir de jurisprudencia relevante en materia de incautación cautelar tal

como, el Acuerdo Plenario 5-2010/CJ-116, la Casación N° 382-2013/Puno, entre otras.

Finalmente, mi postura consiste en estar en desacuerdo del fallo de la Sala Suprema dado que no era necesario un análisis del artículo 105° de Código Penal ni de la teoría del defecto en la organización a efectos de emitir una resolución que desarrolle de forma completa los presupuestos de reexamen de incautación cautelar y aborde los alcances del tercero de buena fe adquirente y los requisitos que deben concurrir para analizar motivadamente una solicitud de reexamen de la medida de incautación cautelar.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES DEL CASO**

### **2.1 Antecedentes**

La incautación cautelar del inmueble “Cervatel” sucedió en el marco de la investigación seguida en contra del “Clan Orellana” por la presunta comisión de delitos de organización criminal y lavado de activos. El modus operandi del denominado “Clan Orellana”, organización criminal conformada por Rodolfo Orellana Rengifo y otros, era buscar inmuebles con problemas legales para luego falsificar documentos y hacerse propietarios de los inmuebles con la respectiva inscripción en Registros Públicos a través de la comisión de diversos delitos. Así, para lograr esta inscripción, se valía de laudos arbitrales fraudulentos, creación de deudas de los legítimos propietarios mediante empresas liquidadoras para lograr la ejecución de la liquidación y emisión de cartas fianzas falsas para ganar licitaciones con el Estado. Posteriormente, los inmuebles eran transferidos a integrantes de “Clan Orellana” que fungían como testaferros o a terceros para ocultar el origen delictivo de estos bienes.

### **2.2 Hechos relevantes del caso**

En resumen, los hechos del caso versan sobre las transferencias realizadas por distintas personas jurídicas del inmueble “Cervatel” desde el 09 de agosto de

2011 hasta el 29 de mayo de 2012 que es cuando la empresa Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C. adquiere la propiedad de este inmueble por el valor de US\$ 8, 500,000 millones de dólares, luego de lo cual el inmueble fue incautado a la inmobiliaria por presuntamente tratarse de un bien usado como instrumento del delito de lavado de activos:

- En primer lugar, el 09 de agosto de 2011 de parte de Consorcio General S.A.C. – empresa fechada del Clan Orellana- a la sociedad conyugal conformada por Pedro Rolando Landa Niada y Susana Amalia Calderón Vascones.
- Posteriormente, el 10 de enero de 2012 la referida sociedad conyugal lo vendió a la empresa Shamrock del Perú S.A.C. por 8 500,000 millones de dólares. El 17 de abril de 2012 Shamrock del Perú S.A.C. se une a Mota Engil Perú S.A.C en un acuerdo empresarial y le transfiere el 50% de acciones por el monto de 4 250,000 millones de dólares, así como, acuerdan constituir la empresa Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C.
- El 30 de abril de 2012 se constituye Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C. a la que las antes referidas empresas le transfieren el 100% de derechos de “Cervatel”. Finalmente, el 29 de mayo de 2012 Mota Engil Perú S.A.C. y Shamrock del Perú S.A.C. venden Cervatel a Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C por 8 500,000 millones de dólares.

### **2.3 Iter procesal**

A continuación, se resume el iter procesal:

1. El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional declaró fundado el requerimiento formulado por la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Lavado de Activos y Pérdida de dominio de incautación cautelar de bienes inmuebles en forma de administración por la Comisión Nacional de Bienes Nacionales –

CONABI e inscripción en registros públicos e inhabilitación del inmueble denominado “Cervatel” conformado por tres inmuebles inscritos a nombre de la “Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C.”. El fundamento fue que el bien afectado habría sido instrumento de la comisión del delito de lavado de activos siendo que las empresas Shamrock y Mota Engil Perú S.A.C. adquirieron inmuebles de empresas fachada del “Clan Orellana” y luego transfirieron la totalidad de acciones y derechos de los inmuebles “Cervatel” a la empresa que constituyeron denominada “Promotora e Inmobiliaria Santa Clara S.A.C”.

2. Que, la inmobiliaria planteó solicitud de reexamen, frente a lo cual el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional declaró infundada la solicitud de reexamen mediante auto del 12 de abril de 2017. Se fundamenta en que los inmuebles “Cervatel”, fueron adquiridos mediante la comisión de delitos y con la finalidad de ocultar su origen ilícito.
3. Que, ante la apelación del auto, la Sala Penal de Apelaciones Nacional confirmó el auto de primera instancia que declaró infundada la solicitud de reexamen. Se fundamenta en que los elementos de convicción aportados no justifican la variación de la medida de inhabilitación ni el reexamen de la incautación cautelar.
4. Frente a esta decisión, la defensa de la inmobiliaria planteó recurso de casación alegando principalmente que la empresa no estaba procesada y que no tenía relación con el delito de lavado por lo que se infringió lo establecido en la Casación N° 382-2013/Puno.
5. Finalmente, la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación por quebrantamiento procesal, vulneración de garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial ordenando que se dicte nueva resolución de vista.

### III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

**3.1 Problema principal:** ¿El fundamento jurídico del reexamen de incautación implica realizar un análisis propio de la imposición de medidas accesorias regulado en el artículo 105° del Código Penal?

#### 3.2 Problemas secundarios

1. ¿La casación N° 864-2017-Nacional realizó un análisis adecuado de los presupuestos para declarar fundada una solicitud de reexamen de incautación cautelar?
  - 1.1. ¿Qué es una medida de incautación cautelar?
  - 1.2. ¿Cuáles son los presupuestos que deben concurrir para declarar fundada una solicitud de reexamen de una medida de incautación cautelar?
  - 1.3. ¿En la casación materia de análisis se realizó un análisis adecuado de los presupuestos del pedido de reexamen?
2. ¿Era necesario el análisis del artículo 105° del Código Penal a efectos de analizar motivadamente el pedido de reexamen de la medida de incautación cautelar contra el inmueble “Cervatel”?
  - 2.1. ¿Cuál es el fundamento de las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105° del Código Penal establecidas en la doctrina comparada y nacional?
  - 2.2. ¿Cuáles son los presupuestos para aplicar el artículo 105° del Código Penal establecido por la jurisprudencia?
  - 2.3. ¿Es necesario el análisis del artículo 105° del Código Penal en el incidente de reexamen de incautación cautelar?
3. ¿Es correcto el análisis de “defectos en la organización” para verificar si la adquisición del inmueble “Cervatel” fue de buena fe?

- 3.1. ¿Qué se entiende por defectos en la organización en doctrina comparada y nacional?
- 3.2. ¿Los defectos en la organización son propios del análisis del artículo 105° del Código Penal o corresponden a un análisis de la Ley N° 30424?
- 3.3. ¿Era necesario el análisis de defectos en la organización a efectos de desarrollar doctrina jurisprudencial sobre los alcances de un tercero adquirente de buena fe?

#### **IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO**

##### **4.1 Respuestas al problema principal y problemas secundarios**

**¿El fundamento jurídico del reexamen de incautación implica realizar un análisis propio de la imposición de consecuencias accesorias regulado en el artículo 105° del Código Penal?**

Considero que no porque el reexamen de una medida de incautación tiene sus propios presupuestos regulados en el artículo 319° del Código Procesal Penal y su fundamento radica en que el derecho a la propiedad de un tercero es privilegiado siempre que obre de buena fe por sobre el derecho del Estado de reclamar la propiedad de un bien que ha sido instrumento, efecto o ganancia del delito. De esta forma, se trata de fundamentos y presupuestos distintos a los regulados en el artículo 105° del Código Penal sobre las consecuencias accesorias contra las personas jurídicas que tiene como fundamento prevenir la instrumentalización de estas por personas naturales en la continua comisión de delitos. Por tanto, estas figuras jurídicas no concuerdan entre sí y tienen su propio trámite, así como exigen un análisis independiente.

**¿La casación N° 864-2017-Nacional realizó un análisis adecuado de los presupuestos para declarar fundada una medida de reexamen de incautación cautelar?**

Considero que la casación materia de análisis no desarrolló debidamente los presupuestos para declarar fundada una medida de reexamen de incautación cautelar y, en concreto, perdió la oportunidad de dotar de desarrollo a la figura de tercero de buena fe adquiriente en un proceso penal por delito de lavado de activos. Al respecto, la casación se limitó a desarrollar aspectos que no correspondía analizar en una solicitud de reexamen, tal como la apariencia de buen derecho, el peligro procesal, los cuales se trata de presupuestos de la incautación cautelar. Además, considero que se estableció de forma errada que se requería implementar un modelo de prevención adecuado para corroborar el presupuesto del reexamen de no participación en el delito de lavado de activos. Finalmente, no se han desarrollado los alcances de terceros que obran con mala fe, con culpa grave y con buena fe exenta de culpa sobre la verificación de la debida diligencia al realizar un negocio jurídico para declarar corroborado este presupuesto.

**¿Era necesario el análisis del artículo 105° del Código Penal a efectos de analizar motivadamente el pedido de reexamen de la medida de incautación cautelar contra el inmueble “Cervatel”?**

La Casación materia de análisis planteó una concordancia y necesidad de valoración del artículo 105° del Código Penal en este incidente; sin embargo, considero que no era necesario tal análisis debido a que la jurisprudencia y doctrina da cuenta de la diferencia patente entre los presupuestos para estimar una solicitud de reexamen de incautación respecto de los presupuestos para imponer una consecuencia jurídica contra una persona jurídica.

**¿Es correcto el análisis de “defectos en la organización” para verificar si la adquisición del inmueble “Cervatel” fue de buena fe?**

Considero que no es correcto el abordar el “defecto en la organización” asimilándolo e integrándolo al artículo 105° del Código Penal dado que esta categoría jurídica tiene distintas características. Sin perjuicio de ello, este análisis de defectos en la organización no era relevante a efectos de dilucidar la

naturaleza del tercero adquirente de buena fe por lo que no debió ser desarrollado en la casación.

#### **4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Por lo expuesto previamente, estoy en contra de la sentencia emitida en el Recurso de Casación N° 864-2017/Nacional dado que para analizar la materia controvertida referida al reexamen de la medida de incautación cautelar en el presente caso no era necesario recurrir a normativa impertinente ni recurrir a la teoría del defecto en la organización porque este criterio se usa con la finalidad de atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica, lo cual no era materia de discusión en el presente incidente. En el presente caso, bastaba con dotar de contenido jurídico y explicar la pertinencia de los indicios de verificación de la corrección de la transacción propuestos en el fundamento noveno de la Casación. A través del análisis de estos indicios se podría evaluar la condición de tercero de buena fe adquirente porque permitiría dilucidar si la empresa intervino o no en el delito de lavado de activos.

Así, si se demuestra la mala fe a partir de los nuevos elementos de convicción aportados por la empresa recurrente, entonces es clara la intervención en el delito de lavado de activos y con ello bastaría para no casar el auto de vista. Por otro lado, de verificarse la adquisición de buena fe en los elementos aportados, ello daría cuenta de que no existió intervención en el delito de lavado de activos y se podría estimar una sentencia de casación rescindente y rescisoria a partir de la aplicación de los indicios de determinación de adquirentes de buena fe propuestos. Por ende, considero que al declarar la nulidad con reenvío sin fundamentos suficientes por instar a la aplicación del artículo 105° del Código Penal - que no cabía aplicar-, se ha perdido la oportunidad de analizar el fondo de asunto y desarrollar doctrina jurisprudencial que permita verificar los casos en los que existe un tercero de buena o mala fe adquirente en un proceso penal por lavado de activos.

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

### **5.1 Problema principal: ¿El fundamento jurídico del reexamen de incautación implica realizar un análisis propio de la imposición de consecuencias accesorias regulado en el artículo 105° del Código Penal?**

Como se aprecia de los anteriores apartados, el presente caso versa sobre el desarrollo de los presupuestos del reexamen de incautación cautelar dentro del cual la Casación materia del informe incluye la necesidad de analizar el artículo 105° del Código Penal.

Ahora bien, a efectos de determinar si el fundamento del reexamen de incautación merece la valoración del referido artículo es pertinente abordar si la Casación realizó un análisis adecuado de los presupuestos para declarar fundada una solicitud de reexamen, verificar si un análisis motivado del reexamen requería la valoración de este artículo y, finalmente, determinar si era necesaria la verificación de un defecto en la organización para dotar de contenido al presupuesto de la buena fe en la adquisición. Las cuestiones planteadas serán abordadas a continuación.

### **5.2 Problema secundario 1: ¿La casación N° 864-2017-Nacional realizó un análisis adecuado de los presupuestos para declarar fundada una solicitud de reexamen de incautación cautelar?**

Previo al análisis de los presupuestos del reexamen de incautación cautelar, es necesario desarrollar el fundamento y presupuestos de la incautación como medida de coerción real y distinguir entre los tipos de incautación que pueden dictarse en un proceso penal. Así, de acuerdo con Neyra, la incautación es una medida cautelar de carácter real que recae en el patrimonio del imputado y limita este derecho con la finalidad de impedir que el imputado realice acciones que afecten la efectividad de la sentencia en dos vertientes: (i) eficacia del proceso y (ii) consecuencias jurídicas económicas del delito (2010, p. 491). Respecto del fundamento y finalidad de estas medidas de coerción real, el Acuerdo Plenario

N° 7-2011/CJ-116 ha establecido en el fundamento 16 que mediante las referidas medidas se pretende lograr la realización de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito (Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 06 de diciembre de 2011).

Por otro lado, los presupuestos de la incautación, como medida de coerción real, son el *fumus delicti comissi* y el *periculum in mora*. Respecto del primero, el antes referido Acuerdo Plenario establece que se trata de la existencia de indicios racionales de criminalidad que evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan (Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116, 2011). En síntesis, este presupuesto exige que mediante indicios objetivos y verosímiles se pueda plantear una imputación penal contra una persona determinada. Respecto del segundo presupuesto, Oré Guardia ha desarrollado que se trata del peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento que genera que, si el Juez no concede la medida cautelar que garantice el cumplimiento de la sentencia definitiva, es muy probable que esta no se pueda ejecutar con eficacia (1998, p. 120). En suma, se requiere de dotar de eficacia al proceso penal por lo que mediante una medida de coerción real se podrá asegurar que no se tenga que esperar hasta el fin del proceso para que exista una ejecución efectiva de las responsabilidades pecuniarias correspondientes, sino que esto ya se encontrará asegurado.

Finalmente, debido a que las medidas cautelares reales restringen el derecho de propiedad del imputado, debe realizarse un análisis de proporcionalidad de la medida y verificarse que el grado de satisfacción del derecho al debido proceso y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a través del aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la comisión del delito es mayor al grado de afectación al derecho de propiedad del procesado.

Ahora bien, es necesario diferenciar entre los dos tipos de incautación que se pueden dictar en el proceso penal y que se encuentran reguladas en el Código Procesal Penal. En primer lugar, se tiene la incautación instrumental regulada en los artículos 218° al 222° del código adjetivo, que de acuerdo con San Martín, consiste en la incautación de un bien que debe ser el cuerpo del delito, esto es

la persona o cosa contra la cual se cometió el delito; por otro lado, se puede realizar la incautación instrumental de las piezas de convicción, esto es, las huellas o rastros que surgen de la comisión del delito (2020, p. 732). En suma, se trata de elementos que se incautan para conocer lo que sucedió al momento de la comisión del delito, luego de lo cual se devuelven, por lo que se ratifica su finalidad de naturaleza probatoria y de averiguación de la verdad procesal de este tipo de incautación.

Por otro lado, de acuerdo con San Martín, la incautación cautelar consiste en garantizar la ejecución de la consecuencia accesoria de decomiso a través de la incautación de instrumentos, efectos y ganancias del delito (2020, p. 736). Al respecto, el artículo 317.1° del Código Procesal Penal establece que el peligro procesal que se busca neutralizar con esta medida es que el derecho a la libre disposición de los bienes sustentado en el derecho de propiedad posibilite la comisión de otros delitos o que posibilite que se agraven las consecuencias del delito cometido.

Desarrollados los presupuestos de la incautación como medida de coerción real y realizada la distinción entre las formas de incautación instrumental y cautelar, es pertinente abordar los presupuestos del reexamen de incautación regulados en el artículo 319° del Código Procesal Penal. En la Casación N° 864-2017/Nacional se aborda la solicitud de reexamen de la medida de incautación cautelar dictada contra el inmueble "Cervatel". En esa línea, es necesario tener presente la base legal para realizar una solicitud de reexamen, esta se regula en el artículo 319° apartado b) del Código Procesal Penal:

"a) Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado.

b) Las personas que se consideren propietarios 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 que se levante y

se le entreguen los bienes de su propiedad.” (D.L. N° 957 publicado el 29 de julio de 2004, modificado por artículo 3 del D.L. N° 983).

Como se observa, existen dos supuestos regulados en el artículo 319° que no es posible confundir dado que responden a distintas características. Respecto del primer supuesto regulado en el apartado a), se establece que, si decaen los presupuestos de la medida, esto es el *fumus comissi delicti* y el peligro en la demora, sería posible levantar la referida medida de incautación. Este presupuesto tiene como fundamento el principio de provisionalidad de las medidas coercitivas reales que ameritan que estas sean revisadas constantemente a lo largo del proceso. Sobre este principio, Neyra establece que las medidas coercitivas se someten a la cláusula *rebus sic stantibus* porque es posible modificarlas en base a que los presupuestos que la fundamentaron cambien o decaigan (2010, p. 490). En esa línea, Gimeno Sendra establece que la modificación en los presupuestos que la justificaron puede generar que las medidas finalicen o se transformen (1999, p. 474 y 475).

Lo expuesto, ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional en la resolución N° 04 emitida en el Expediente N° 00002-2017-10-5201-JR-PE-02 por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que establece en su fundamento quinto y sexto la posibilidad de variabilidad de las medidas coercitivas reales. Incluso en el fundamento sexto se ratifica el principio *rebus sic stantibus* (Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, 22 de febrero de 2019).

Por otro lado, el supuesto b) regulado en el artículo 319° del código adjetivo se refiere a un caso diferente que se trata de la procedencia de la solicitud de reexamen, este consiste en que se acredite el derecho de un tercero propietario de buena fe del bien incautado que no tiene relación alguna con el delito investigado. Así, de una interpretación literal y gramatical del referido artículo 319° apartado b) se pueden extraer dos requisitos a efectos de realizar la solicitud de reexamen y que esta se declare fundada: (i) que se acredite que se trata de un propietario de buena fe y (ii) que se acredite la no intervención en el delito investigado. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 en su

fundamento 15 desarrolla que el reexamen consiste en la incorporación de elementos de convicción, de forma posterior a dictada la medida de incautación, que genere la modificación del estado de cosas que generó que se dicte la medida (Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 16 de noviembre de 2010).

En esa línea, el referido Acuerdo Plenario desarrolla que para el reexamen se realiza un análisis de la medida a partir de la aportación de los nuevos elementos de convicción y no exige verificar la incautación sobre la evidencia existente cuando se dictó (Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 16 de noviembre de 2010). Por otro lado, en la Casación N° 1553-2018/Nacional también se establecen las siguientes notas características de un pedido de reexamen: (i) la buena fe debe ser probada por el tercero al ser este el titular del bien y sobre el que recabe la carga de la prueba, (ii) para la valoración de la buena fe se parte de hechos y circunstancias que aparezcan probados (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 06 de agosto de 2019).

Considero que estos presupuestos no han sido desarrollados y valorados debidamente por la Casación materia de análisis. Recién de forma posterior, en la Casación 1595-2018/Nacional del 06 de agosto de 2019 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema se ha desarrollado sucintamente el contenido del presupuesto del reexamen referido a la adquisición de un tercero de buena fe de un bien de presunto origen maculado. En concreto, se establece que para la valoración se debe tener en cuenta la perspectiva subjetiva, es decir el conocimiento o deber de conocimiento de si el tercero con su adquisición impide en todo o en parte la eficacia del decomiso (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 06 de agosto de 2019). El deber de conocimiento hace referencia a que una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso debido al origen ilícito del bien (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 06 de agosto de 2019).

Finalmente, establece que la buena fe consiste en quien realiza un acto o negocio jurídico con la convicción que es lícito, ignorando que en su título de adquisición concurre un vicio que pueda invalidarlo. Considero que este tipo de desarrollo en la jurisprudencia es necesario a efectos de dotar de contenido al presupuesto de adquisición de buena fe, lo cual ha sido una oportunidad perdida en la Casación materia de análisis que no ha desarrollado este presupuesto con exhaustividad.

En este caso, es oportuno establecer que el desarrollo del concepto de buena fe en el proceso penal peruano requiere de un análisis más exhaustivo realizado por la jurisprudencia de las perspectivas objetiva y subjetiva que integran este concepto. Así, me remitiré al desarrollo realizado por la jurisprudencia comparada respecto de la buena fe del adquirente de una propiedad de origen ilícito. He decidido utilizar el sistema normativo y jurisprudencial colombiano dado que fue uno de los primeros países en América que introdujo la figura de la extinción de dominio a través de la Ley 333 del año 1996, publicada el 19 de diciembre de 1996. Tobar Torres explica que la génesis de esta ley responde a la necesidad de combatir el narcotráfico y el enriquecimiento ilícito en Colombia y establecer que las propiedades adquiridas a través de la comisión de estos delitos solo son en apariencia de su propiedad porque en realidad nunca ha nacido este derecho (2014, p. 17 a 38). En ese sentido, en virtud de contexto social y político que vivía Colombia a partir de la aparición de cárteles orientados a la comisión de delitos es que ha existido un mayor desarrollo jurisprudencial a partir de la aplicación de la referida ley de extinción de dominio.

En primer lugar, la Sentencia C-1007, del 19 de noviembre de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia sobre el análisis del Decreto legislativo que regula el trámite de la extinción de dominio, desarrolla el concepto de buena fe cualificada a partir de su faz objetiva y subjetiva del adquirente de un bien de origen ilícito de la siguiente manera (Corte Constitucional de Colombia, 19 de noviembre de 2002). En síntesis, desarrolla que la buena fe simple exige una conciencia de obrar con lealtad. Por otro lado, la buena fe cualificada va más allá y exige la realización de averiguaciones adicionales que generen certeza y seguridad de

que se está tratando con el legítimo propietario del bien (Corte Constitucional de Colombia, 19 de noviembre de 2002).

Así, se ha establecido una excepción al inicio del proceso de extinción de dominio de un bien de origen delictivo siempre que el tercero que adquiere este bien actúe con buena fe cualificada o sin culpa con lo cual su derecho de propiedad estaría amparado por el ordenamiento siempre que se verifique su diligencia al realizar averiguaciones adicionales – hechos objetivos - que comprueben su conciencia inicial. Ahora bien, para dotar de contenido a esta buena fe exenta de culpa, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado los siguientes elementos en la Sentencia C-740, del 28 de agosto de 2003:

- “a) Que el derecho o situación jurídica aparente tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación (...)
- b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y
- c) Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño” (Corte Constitucional de Colombia, 28 de agosto de 2003).

En suma, es necesario la conciencia de actuación de buena fe siempre amparada en hechos objetivos y en una averiguación adicional que excluya la culpa. Al respecto, Rosas ha desarrollado tres clases de terceros adquirentes de bienes de origen ilícito: (i) En primer lugar, los terceros adquirentes de mala fe que son quienes conocen el origen ilícito de los bienes dolosamente y realizan el negocio jurídico con la finalidad de ocultar al titular de los bienes, (ii) en segundo lugar, los terceros adquirentes que obran con culpa grave que son quienes ostentan una buena fe únicamente en la creencia de obrar correctamente o sustentada en cuestiones formales como la verificación de registros públicos, que no se sustenta en averiguaciones o hechos objetivos que las respalden, (iii) en tercer lugar, el tercero adquirente que obra con culpa

excusable que son quienes obran con una debida diligencia en el negocio jurídico (2021, p. 305). En suma, lo relevante a efectos de demostrar la buena fe es acreditar la realización de actos de averiguación objetivos que evitan la extinción de dominio porque crea derecho al ser que cualquier ciudadano diligente hubiera incurrido en el mismo error.

En la jurisprudencia peruana se ha dotado de contenido lo que se concibe como un tercero de buena fe en la sentencia del Tribunal Constitucional del 05 de marzo de 2020 emitida en el Expediente N° 0018-2015-PI-TC “Caso del tercero de buena fe” que estableció que para que se configure la buena fe de tercero se necesita que la conducta diligente se realice desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo y que se tengan presente el artículo 2014° del Código Civil en el sentido de que se presume la buena fe mientras no se pruebe inexactitud del registro, así como, el artículo 66° del reglamento del DL 1373 “Decreto legislativo sobre extinción de dominio” que aborda los requisitos de lo que se considera un tercero de buena fe que obra con un comportamiento diligente y prudente (Tribunal Constitucional del Perú, 2020):

“Artículo 66.-

66.1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas al inspeccionarlo incurrieran en el mismo error.

66.2. Al adquirir el derecho sobre el bien patrimonial se verificaron todas las condiciones exigidas por leyes, reglamentos u otras normas.

66.3. Tener la creencia y convicción de que adquirió el bien patrimonial de su legítimo titular y siempre que no concurren las siguientes circunstancias:

a) Pretender dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza.

b) Pretender ocultar o encubrir al verdadero titular del derecho.

c) Concurrir declaraciones falsas respecto al acto o contrato para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes patrimoniales o la naturaleza ilícita de estos” (Tribunal Constitucional del Perú, 2020).

Con esto explicado, considero que en la casación materia de análisis se ha perdido la oportunidad de desarrollar doctrina jurisprudencial que desarrolle los supuestos de adquirentes de buena fe ya expresados en la doctrina nacional y que se aplique esta doctrina en el caso concreto para establecer si la adquisición del inmueble “Cervatel” fue realizado por un tercero adquirente de mala fe, uno que obra con culpa grave o uno que obra con culpa excusable.

Por otro lado, es necesario advertir que la doctrina comparada en materia penal ha desarrollado lo que se entiende por un propietario de buena fe en materia de decomiso y ha abordado un supuesto de extensión del análisis de la buena fe a partir de los actos de vigilancia sobre el bien adquirido. Así, de la consulta bibliográfica se aprecian dos posiciones marcadas en la doctrina que difieren entre sí. La primera posición interpreta al tercero de buena fe como el propietario que adquiere legamente un bien y que vigila el bien para evitar su utilización el futuro para la comisión de delitos, por otro lado, la segunda posición es más restringida e interpreta al tercero de buena fe como el adquirente que de forma diligente realiza las verificaciones pertinentes al momento de adquirir el bien.

Entre los autores que defienden la primera posición, se encuentra Gracia Martín. Este autor establece que se entiende por tercero de buena fe al propietario de los instrumentos o efectos del delito legalmente adquiridos cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento del deber de vigilancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos (2004, p. 500-501). Como se observa, esta concepción es más amplia y exige un deber de vigilancia de todos los bienes adquiridos por una persona a efectos de que se impida la utilización de los bienes en la comisión de nuevos hechos delictivos. Respecto de la segunda posición identificada, Aguado Correa establece que el principio de proporcionalidad y la protección del tercero adquirente de buena fe ha llevado a restringir los supuestos de decomiso a casos en los que cualquier persona diligente hubiera podido sospechar del origen delictivo de los bienes al momento de adquirir el bien, por ejemplo, pagando un importe inferior al del valor de mercado (2014, p. 45). Es decir, para esta autora la evaluación de la buena fe se restringe a los actos realizados en la adquisición del bien y en la valoración

de hechos objetivos durante esta etapa siendo que no se extiende a actos posteriores de vigilancia del bien adquirido.

Respecto de la primera posición, considero que la vigilancia se debe limitar al garante que tiene a su cargo la administración de una fuente de peligro y el control de objetos peligrosos. Sin embargo, establecer este criterio para todos los bienes adquiridos legítimamente por un propietario significaría modificar la presunción de buena fe del propietario a una aparente presunción de mala fe en perjuicio de los derechos de propiedad siendo que el propietario deberá desvirtuar esta mala fe mediante el debido control y vigilancia de todos sus bienes adquiridos, lo cual no es de recibo porque afecta la continuidad del tráfico legal de bienes en el mercado. Por tanto, considero que la concepción del tercero de buena fe se debe limitar a los criterios del derecho civil establecidos en el ordenamiento peruano que ratifica que la buena fe se presume con la legítima creencia de que la persona es propietaria del bien, lo cual se complementa con lo establecido en el artículo 66° del reglamento del DL 1373 que establece casos en los que se desvirtúa la buena fe en la adquisición del bien.

Ahora, cabe diferenciar que puede existir el supuesto de un propietario de buena fe, con legítimo título que, por ejemplo, acredita la no vinculación absoluta con el delito investigado, lo cual amerita el levantamiento de la incautación cautelar declarando fundado un reexamen. Este es un caso en el que no existe una transferencia del bien posterior a la comisión del delito, sino que el legítimo propietario del bien lo mantiene en su poder siempre, y este bien es usado por la persona investigada para cometer el delito sin consentimiento ni conocimiento del propietario legítimo. Sobre ello, se tiene lo resuelto por la Casación N° 103-2016-Puno que aborda el caso de un legítimo propietario de un vehículo que fue decomisado por ser instrumento del delito de contrabando, pero que luego de analizado el pedido de reexamen y de verificada la no vinculación absoluta con el delito investigado del legítimo propietario, se declaró fundada la casación y se ordenó devolver el bien a su legítimo propietario (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 17 de mayo de 2017). Esta misma línea se siguió en la Casación N° 382-2013-Puno – que fue abordada por la inmobiliaria Santa Clara al momento de interponer su recuso de casación- en

la que se devolvió el vehículo incautado al tercero que probó ser legítimo propietario y no consentir el uso de su vehículo al haber sido víctima de hurto agravado (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 10 de marzo de 2015). Estos casos difieren del caso materia de análisis dado que esos casos no se discute la adquisición de un propietario de supuesta buena fe, sino que está ya está acreditada y lo que se discute es la intervención en el delito investigado del propietario.

Ahora bien, el caso que nos ocupa merece una especial atención porque al tratarse de un delito de lavado de activos el mismo acto de adquirir un bien y realizar actos de transferencia con el mismo que provienen de origen ilícito significa la consumación del delito. Respecto de los elementos típicos del delito de lavado de activos, Prado establece que los actos de transferencia que configuran el delito consisten en actos o negocios jurídicos de cualquier clase que traslada el dominio del patrimonio y se transforme de forma sucesiva con la finalidad de alejarlo de su primera transformación (2017, p.202). En esa línea, en el caso analizado de adquisición de inmuebles que habría sido objeto de lavado de activos, la adquisición de buena o mala fe determina la intervención o no en el delito investigado, por lo que se realizará un solo análisis centrado en el acto de adquisición y la buena fe o mala fe presente en el mismo.

Como se observa, existirían dos presupuestos del reexamen de la incautación cautelar que en el caso analizado de adquisición de inmuebles de presunto origen delictivo se redirige siempre a la valoración de la prueba de la buena fe y la falta de conocimiento o del deber de conocimiento del origen de estos bienes. Considero que el presupuesto de la no intervención en el delito investigado se encuentra contenido en la determinación de si se trata de un propietario de buena o mala fe.

En concreto, la Casación N° 864-2017/Nacional materia de análisis postuló como uno de los fundamentos del acceso casacional desarrollar que es posible la imposición de una medida de incautación cautelar sin que el afectado tenga la condición de imputado, lo cual era necesario a efectos de unificar criterios jurisprudenciales en este extremo y para complementar lo establecido por la

Casación N° 382-2013/Puno sobre los presupuestos de la incautación, por lo que considero que se encuentra bien concedido. Sin embargo, en el desarrollo de los fundamentos que sustentan su posición y desarrollo jurisprudencial sobre el reexamen de la incautación cautelar, ha realizado un análisis defectuoso de los presupuestos de esta figura y, en concreto, del desarrollo jurisprudencial del propietario de buena fe, al señalar que se necesita de (i) la verificación de un defecto en la organización y de (ii) la necesidad de la implementación de mecanismos internos de control o de modelos de prevención adecuados de parte la persona jurídica inmobiliaria Santa Clara para determinar si en el caso concreto tenía conocimiento de adquirir un bien delictivo o estaba en condiciones de conocerlo por las circunstancias de su adquisición.

Al respecto, es necesario expresar una crítica dado que no existe una imposición legal en el Código Procesal Penal o en algún cuerpo normativo en el ordenamiento peruano que establezca que la verificación de un defecto en la organización o de falta de mecanismos de control determine que la adquisición de un bien de origen delictivo sea de mala fe. Es decir, la casación está realizando una imposición no establecida en norma alguna de implementar modelos de prevención adecuados porque, de lo contrario, podría existir una falla en el deber de conocimiento que será valorado como una adquisición de mala fe. Esto es, se establece un criterio de presunción de mala fe in malam partem por una imposición no establecida en la ley que impacta en el derecho de propiedad del afectado con la medida.

Lo expuesto, vulnera el artículo 2014 del Código Civil que establece que la buena fe se presume y no sigue lo desarrollado por el decreto legislativo 1373 antes referido respecto de la extinción de dominio y las líneas interpretativas para valorar una adquisición de buena fe. Este criterio jurisprudencial además genera que en la práctica se alegue que, si un tercero no implementa mecanismos de control en la persona jurídica, entonces se presume que es un tercero adquirente de mala fe porque no tuvo la debida diligencia de verificar la transacción. Así, este análisis tergiversa los presupuestos del reexamen y genera que no sea posible declarar su procedencia en los casos en los que un tercero adquirente demuestre que fue diligente en su adquisición cumpliendo con lo establecido en

la normativa extrapenal antes referida, pero que no tiene estos modelos de prevención implementados.

Por lo antes señalado, considero que lo desarrollado respecto de la verificación de defectos en la organización o de necesaria aplicación de mecanismos de control no puede ser valorado como una forma de dotar de contenido a la figura de un tercero adquirente de buena fe dado que esto tergiversa la valoración de esta figura presumiéndose la mala fe que solo se desvirtuaría si existiese mecanismos de control – a pesar de que estos no se encuentran impuestos legalmente como mandatorios. Sobre esta característica se ha pronunciado la Corte Suprema, así es necesario revisar la sentencia de Casación N° 2147-2019-Puno emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el extremo que estableció que no existe norma legal expresa que determine que la acreditación de la existencia de mecanismos de control interno o de programas de cumplimiento sirva como sustento para reclamar la devolución del instrumento del delito – sin perjuicio de que sirvan para minimizar la comisión de delitos Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 01 de julio de 2021). En esa línea, declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la fiscal superior quien argumentaba que el tercero no demostró tener un programa de cumplimiento para evitar que su bien sea empleado para fines ilícitos.

Lo expuesto respecto de la no obligatoriedad legal de implementar programas de cumplimiento también ha sido desarrollado por Alpaca Pérez quien establece que se trata de una incumbencia -entendida como que existen incentivos económicos para ello -, pero que no es en ningún caso exigible por lo que no es un deber (2022, p. 84).

Así, se evidencia que la implementación o no de modelos de prevención adecuados no incide en la demostración de un conocimiento o deber de conocimiento de terceros de buena fe por lo que esta forma de análisis no debió no ser propuesto por la Casación N° 864-2017-Nacional.

Por otro lado, en el fundamento duodécimo de la Casación analizada se establece que, en el caso concreto, la medida de incautación cautelar no se encontraba debidamente motivada por no analizar el peligro procesal y por no valorar el artículo 105° del Código Penal. Al respecto, considero que este análisis no cabía realizar en el pedido de reexamen porque no se necesita valorar los presupuestos de la incautación cautelar. En concreto, la incautación y sus presupuestos no pueden ser valorados ni cuestionados en un pedido de reexamen debido a que esta revisión de los presupuestos que fundamentaron la medida únicamente son cuestionados mediante la interposición de un recurso de apelación. En cambio, ya se ha establecido que los presupuestos del reexamen son distintos y tienen que ver con la relación entre el tercero y el bien incautado, siendo que el legislador ha priorizado el derecho de propiedad del tercero de buena fe sobre el derecho de mantener el bien incautado como medida correctiva patrimonial de realización de la potestad ablatoria de la Administración Pública. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 ratifica que solo se requiere el análisis de los nuevos elementos de convicción aportados para verificar que se modifican las circunstancias que motivaron la medida (Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 16 de noviembre de 2010).

En suma, la casación analizada ha realizado una valoración defectuosa respecto de los presupuestos para declarar fundado un pedido de reexamen dado que ha hecho referencia a ámbitos que no merecen análisis y se ha perdido la oportunidad de establecer doctrina jurisprudencial relevante respecto de los alcances de un tercero adquirente de buena fe en un proceso de reexamen de incautación cautelar como, por ejemplo, desarrollando el concepto de la buena fe que debe concurrir y dotando de marco jurídico a los indicios propuestos para verificar la corrección de la transacción.

**Problema secundario 2: ¿Era necesario el análisis del artículo 105° del Código Penal a efectos de analizar motivadamente el pedido de reexamen de la medida de incautación cautelar contra el inmueble “Cervatel”?**

La casación materia de análisis pretende que se realice el análisis del artículo 105° del Código Penal en un pedido de reexamen de incautación porque sería concordante con el artículo 102° del Código Penal. Al respecto, considero necesario establecer el fundamento dogmático del artículo 105° del Código Penal que regula las consecuencias accesorias contra la persona jurídica y desarrollar que no era necesario su análisis en este incidente.

En la doctrina comparada, Mir Puig ha establecido que este tipo de consecuencias accesorias contra las personas jurídicas tienen su fundamento en prevenir la peligrosidad y en prevenir la continuidad en la utilización de las personas jurídicas por las personas físicas para cometer delitos, es decir, partieron del principio de que las personas jurídicas no podían delinquir y legislaron esta vía intermedia o “tercera vía” (2004, p. 1 a 4). Además, según este autor el presupuesto de estas medidas consiste en la imposición de una pena a una persona física o, según parte de la doctrina española, la existencia de un hecho típicamente antijurídico sin que sea imprescindible identificar a un autor específico (2004, p. 5). Esto es, se trata de una consecuencia derivada a partir del hecho de conexión antijurídico de una persona natural. En adición a ello, Laura Zúñiga desarrolla dos supuestos disímiles entre sí que considero que ejemplifican los dos momentos en los que el legislador peruano positivizó las formas de responsabilidad de las personas jurídicas.

<b>Primer supuesto</b>	Persona jurídica instrumentalizada por personas naturales que es creada para la comisión de delitos (Zuñiga, 2004, p. 485).
<b>Segundo supuesto</b>	Persona jurídica con finalidad lícita en la cual existe un defecto de organización que se constituye como un injusto de organización por crear un riesgo prohibido y lesionar intereses jurídicos (Zuñiga, 2004, p. 485).

Al respecto, considero que la regulación del artículo 105° del Código Penal positiviza el primer supuesto entendiendo a la persona jurídica meramente como un instrumento y no como una entidad organizativa con competencias que es

susceptible de realizar acciones omisivas que generen riesgos penalmente relevantes.

En la doctrina nacional, García Caveró desarrolla que la función del artículo 105° del Código Penal no es sancionar penalmente a la persona jurídica, sino mitigar el peligro de que la organización de una persona jurídica inimputable pueda ser usada para la comisión de futuros delitos (2023, p. 20). En esa línea, Meini desarrolla que las consecuencias accesorias se tratarían de sanciones administrativas sustentadas en la imposibilidad de imponer penas o medidas de seguridad, siendo que requieren de una sentencia y se trata de una consecuencia porque se originan en la instrumentalización de la persona jurídica para favorecer o encubrir un delito (1996, p. 206). Por lo expuesto, considero que el legislador en un primer momento positivizó esta forma de imposición de consecuencias accesorias en contra de la persona jurídica siempre derivadas del hecho realizado por la persona natural. Ahora bien, estas medidas no se pueden considerar una sanción penal dado que no resulta coherente con el hecho de que si ya existían sanciones penales contra las personas jurídicas entonces cuál sería la utilidad y necesidad de establecer un nuevo sistema de medidas administrativas en una ley especial – Ley N° 30424 - y solo para algunos delitos. Entonces, es a todas luces evidente que las consecuencias accesorias no son sanciones penales sino que su fundamento radica en evitar la peligrosidad de la continuidad delictiva.

Por otro lado, la primera diferencia identificable entre las legislaciones española y peruana es que en esta última se requiere de una sentencia contra una persona natural para posteriormente dictar una consecuencia accesoria contra la persona jurídica a la que instrumentalizó, lo cual no es un requisito en la legislación española. En la jurisprudencia peruana, también se han desarrollado los tres requisitos para imponer consecuencias accesorias a las personas jurídicas en el fundamento 14 del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 que se pueden resumir en (i) comisión de un delito, (ii) instrumentalización de la persona jurídica para facilitar la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito, (iii) condena penal contra el autor del delito (Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 13 de noviembre de 2019).

Como se observa, para dictar una consecuencia accesoria contra la persona jurídica se requiere de presupuestos específicos que difieren de los presupuestos para declarar fundado un pedido de reexamen, por lo cual se verifica que no era necesario de este análisis para motivar debidamente una resolución que se pronuncie sobre el reexamen de una incautación cautelar.

Por otro lado, sobre la discusión propuesta por la Casación N° 864-2017-Nacional sobre la supuesta concordancia entre los artículos 105° y 102° del Código Penal y de proponer valorar el artículo 105° en este incidente como parte del análisis de la apariencia de buen derecho como presupuesto de hecho del decomiso, considero que esto no es posible.

Al respecto, considero que puede existir una concordancia entre las consecuencias accesorias contra personas jurídicas y el decomiso en cuanto a su finalidad de prevención, en esa línea, Mir Puig establece que su finalidad es parecida, esto es, una finalidad no punitiva sino preventiva por la peligrosidad de un instrumento (2004, p. 2). Sin embargo, considero que en el proceso penal peruano las medidas accesorias contra las personas jurídicas tienen presupuestos propios que difieren de los presupuestos del decomiso.

En concreto, el Recurso de Nulidad N° 895-2018-Lima Sur ya ha desarrollado en su fundamento decimotercero que el supuesto de hecho del decomiso no es penal por lo que no hace falta una condena, sino que solo basta que el bien se utilice para la comisión delictiva y que el titular no sea capaz de garantizar la vigilancia de la cosa para evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, p. 8). En razón de ello, se observa que las diferencias insalvables entre ambas figuras, por ejemplo, que la consecuencia accesoria requiere de una sentencia y el decomiso no, hace imposible considerar el artículo 105° como un presupuesto de hecho del decomiso y antes de la incautación.

Finalmente, más allá del análisis realizado sobre la negada concordancia entre las consecuencias accesorias contra personas jurídicas y el decomiso, es

patente que en este incidente de reexamen no se necesitaba analizar esta concordancia dado que ello era ajeno a los presupuestos para analizar el reexamen de una incautación cautelar. Así, en caso se tratase de un incidente de apelación de la incautación cautelar aún sería posible discutir la concordancia entre el decomiso y la incautación debido a que los presupuestos de la incautación por el principio de homogeneidad buscan asegurar el decomiso; sin embargo, al tratarse de una solicitud de reexamen, la Corte Suprema se debió limitar a desarrollar los presupuestos sobre la figura del tercero adquirente de buena fe.

En suma, el análisis del artículo 105° del Código Penal, fue innecesario y alejado de los motivos de desarrollo de doctrina jurisprudencial por lo que se concedió el recurso, por tratarse de una norma que no le otorga contenido a los presupuestos del reexamen ya expresados. En concreto, el referido artículo 105° hace referencia a un supuesto autónomo de imposición de medidas como consecuencias accesorias contra una persona jurídica con la finalidad de prevenir la continuidad de comisión de delitos usando su estructura. Por tanto, el análisis se debió limitar a establecer si la persona jurídica inmobiliaria Santa Clara en concreto adquirió el bien de buena o mala fe.

En segundo lugar, en el fundamento décimo de la Casación 864-2017/Nacional se propone analizar el artículo 105° como parte de un análisis del *fumus delicti* comissi; sin embargo, para estimar un pedido de reexamen no es necesario volver a analizar la apariencia de buen derecho que fundamentó la medida porque este es un análisis previo que se realizó al declarar fundada la incautación. Es decir, se está proponiendo una revisión de la medida de incautación por una falta de valoración de una norma – que es impertinente a todas luces, como se expuso –, lo cual tergiversa lo que se debe discutir en un incidente de reexamen. Considero que esta forma de análisis genera una confusión en la valoración que realicen los órganos jurisdiccionales dado que este criterio los habilitará a realizar un nuevo análisis de la incautación y de los elementos de convicción obrantes al dictar la medida, pero en un incidente de reexamen. Lo expuesto, es contrario a lo establecido en el Código Procesal Penal en el cual se exige un análisis únicamente de los nuevos elementos de

convicción aportados y su cualidad para acreditar la no intervención en el delito y la concurrencia de la buena fe del propietario.

Además, esta forma de análisis reconduciría a que los terceros afectados con una incautación cautelar puedan discutir de forma permanente los fundamentos que motivaron la decisión de dictar la incautación porque es posible legalmente plantear una solicitud de reexamen las veces que se consideren necesarias para acreditar el derecho alegado. Por consiguiente, la apelación contra el auto de incautación carecería de efectividad y sus requisitos se tergiversaría al ser que mediante una solicitud de reexamen sería posible integrar el análisis que se pretende en la referida apelación: revisión de la apariencia de buen derecho y del peligro procesal con los elementos obrantes al dictar la medida.

Por todo lo expuesto, considero que no se realizó un análisis adecuado de los presupuestos del reexamen en la Casación N° 864-2017-Nacional. Por este motivo, es necesario que se ratifique que los presupuestos del reexamen de la medida son distintos a los presupuestos del decomiso y de la imposición de la incautación, por lo que merecen un análisis diferenciado. En esa línea, no es posible concordar y analizar la motivación de una sentencia sobre reexamen concordándola con el artículo 105° del Código Penal dado que este no dota de contenido al presupuesto de la verificación de un tercero adquirente de buena fe, por el contrario, se trata de una norma con presupuestos independientes.

Finalmente, se demuestra de forma empírica que no se requería de un análisis del artículo 105° del Código Penal dado que la nueva resolución de Sala generada por el reenvío de la Casación N° 864-2017-Nacional no se centra en desarrollar este artículo, sino que se remite a abordar la existencia de los indicios propuestos en el fundamento noveno de la referida casación para determinar la corrección o ilicitud de la transacción en el caso concreto (Sala Penal Nacional del Poder Judicial del Perú, 2018, p. 1 a 26).

**Problema secundario 3: ¿Es correcto el análisis de “defectos en la organización” para verificar si la adquisición del inmueble “Cervatel” fue de buena fe?**

En la Casación materia de análisis, se establece en el fundamento noveno que se necesita el análisis del defecto en la organización de una persona jurídica a efectos de determinar si la adquisición del inmueble “Cervatel” fue un negocio jurídico realizado de buena o de mala fe. En esa línea, se establece que sería necesario el análisis del artículo 105° del Código Penal como un medio para examinar los alcances del tercero adquirente de buena fe. Sobre esto, considero que debe diferenciarse que cuando se desarrolla el defecto en la organización este instituto jurídico parte de una atribución de responsabilidad propia de la persona jurídica y difiere del desarrollo realizado en el artículo 105° del Código Penal que tiene como hecho de referencia la comisión de un delito de una persona física que usaba para sus fines instrumentalizando a la persona jurídica, tratándose esta de una “empresa criminal”.

Al respecto, ya he abordado que el artículo 105° del Código Penal se trata de una norma impertinente dado que tiene características distintas a las del reexamen de la incautación. Ahora bien, debe tenerse presente también que el defecto en la organización no es una categoría que integre el referido artículo, sino que se trata una forma de atribución de responsabilidad en contra de la persona jurídica regulada en la Ley N° 30424. Al respecto, como primer argumento me remito a lo establecido en el Proyecto de Ley 4054/2014-PE aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República de Perú mediante el cual se propone la “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional – Ley N° 30424” que posteriormente fue publicada. En este proyecto de ley se establece como criterios de imputación para una responsabilidad autónoma de las personas jurídicas a los siguientes requisitos esenciales: 1. La existencia de un hecho de conexión y 2. La existencia de culpabilidad por defecto de organización con la finalidad de respetar el principio del hecho y de culpabilidad. Como se observa, la voluntad del legislador era establecer una responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas que no tiene relación con el artículo 105° del Código penal que regula otro supuesto de hecho.

Sin perjuicio de lo expuesto, de forma errada el legislador estableció en el artículo 1° de la referida Ley N° 30424 que el régimen de consecuencias accesorias se aplica contra personas jurídicas involucradas en delitos no comprendidos en la referida ley. Con este artículo se pretendería igualar la naturaleza de las consecuencias accesorias a las medidas establecidas en la Ley N° 30424 al señalar que es posible una aplicación alternativa en caso de delitos no comprendidos en la referida Ley.

Este artículo genera confusión dado que en la exposición de motivos expuesta se evidencia con claridad la mención de criterios de imputación penal en contra de la persona jurídica como una forma de atribución de responsabilidad que tiene características distintas a lo regulado en el artículo 105° del Código Penal. Así, es errado asimilar la normativa expuesta porque considero que es posible imponer una consecuencia accesoria contra una persona jurídica que es instrumentalizada para la comisión del delito de lavado de activos, aún cuando este delito sea objeto de la Ley N° 30424.

En esa línea, considero que cuando no hay un hecho de conexión que fundamente la responsabilidad de la persona jurídica sino que únicamente se evidencia el actuar de la persona natural usando a la persona jurídica para su propio beneficio, a esta persona jurídica involucrada solo será posible imponérsele una consecuencia accesoria y no así procesarla mediante la Ley N° 30424 por las características independientes de ambos cuerpos normativos.

Continuando con el análisis, considero necesario remitirme a lo establecido en la doctrina para comprender la diferencia lo establecido en el artículo 105° del Código Penal respecto del “defecto en la organización” como un criterio de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica. En cuanto a la doctrina comparada Corcoy ha desarrollado que la jurisprudencia en España está dividida en un sector que opta por la autorresponsabilidad de la persona jurídica y otro que, sin entrar en la discusión dogmática, opta por señalar que la responsabilidad de la persona jurídica se sustenta en que se haya cometido un delito corporativo por defecto estructural en los mecanismos de prevención de toda persona jurídica (2018, p. 62). Entonces, considero que lo relevante del

defecto en la organización no es combatir un peligro de instrumentalización de la persona jurídica de parte de una persona natural que la usa para la comisión de delitos, sino que lo relevante del defecto de organización es la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica que no fue diligente y que no realizó los debidos mecanismos de control a efectos de prevenir riesgos en el marco de su actividad empresarial legítima.

El concepto de “defecto en la organización” surgió por la terminología empleada por Tiedemann quien desarrolla que es necesaria la revisión de la violación de medidas y expectativas normativas de conducta para imputarle la conducta y su resultado a un autor sea persona natural o jurídica (1997, p. 23-48). En esa línea, Tiedemann establece que la imputación contra la persona jurídica se fundamenta en el actuar omisivo de esta referida a no implementar medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento adecuado a derecho y no delictivo (1997, p. 23-48). En virtud de lo expuesto, se pretende dotar de autonomía a la actuación de la persona jurídica y asemejarla a una actuación omisiva de una persona natural que se fundamenta en la atribución de responsabilidad por la creación de un riesgo prohibido cuando esta tenía deberes de garante asumidos y deberes de aseguramiento y salvamento del riesgo creado.

Considero que esta teoría no está exenta de críticas dado que se ha reinterpretado el principio de responsabilidad por el hecho propio que fundamenta la sanción penal, para dar paso a una responsabilidad por la omisión de realizar controles para la evitación de riesgos de personas físicas que pueden no ser individualizables, lo cual atenta contra el principio de culpabilidad. Para contestar esta crítica, Gómez-Jara desarrolla que se puede construir un concepto de culpabilidad empresarial no idéntico al individual pero que sí resulte funcionalmente equivalente, que se fundamenta en que la empresa se autoorganiza y es factible atribuirle cierta competencia sobre su ámbito de organización; entonces, el autor propone tres equivalentes funcionales para construir la culpabilidad empresarial: (i) fidelidad al derecho, (ii) sinalagma básico del derecho penal y (iii) capacidad de cuestionar la vigencia de la norma (2010, p. 462).

Fidelidad al derecho	Dado que la autorregulación empresarial de las personas jurídicas nace como respuesta a la incapacidad del estado de controlar ciertos riesgos es que se debe exigir que esta autorregulación sea conforme a derecho (Gómez Jara, 2010, p. 462)
Sinalagma básico del derecho penal	La libertad de organización de las personas jurídicas tiene aparejado un deber de responder ante las consecuencias generadas de esta capacidad autoorganizativa (Gómez Jara, 2010, p. 463)
Cuestionamiento de la vigencia normativa	La persona jurídica tiene un status de ciudadanía que se nutre del derecho a la participación en la creación de normas en la sociedad (Gómez Jara, 2010, p. 464).

En esta línea, en España la doctrina ha desarrollado que este hecho propio de la persona jurídica por lo cual sería responsable consiste en no tener institucionalizada una cultura de fidelidad al derecho y por no establecer mecanismos para evitar el delito del empleado constituyéndose en una falla en el deber de supervisión (Bajo Fernández, 2017, p. 147). En otras palabras, para cierto sector de la doctrina, el defecto en la organización fundamenta la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica.

En análisis de doctrina nacional, Clavijo ha desarrollado que las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105° del Código Penal no se tratan de una sanción por algún hecho propio de la organización empresarial, sino de un hecho ajeno en la actividad ilícita de alguno de sus representantes o funcionarios (2014, p. 645). Asimismo, García Caveró desarrolla que la función del referido artículo 105° no es sancionar penalmente a la persona jurídica sino mitigar el peligro de

que la organización de una persona jurídica inimputable pueda ser usada para comisión de futuro delitos (2023, p. 20).

En contraposición, si bien el Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116 ha establecido en sus fundamentos 11 y 12 que las consecuencias accesorias se tratan de sanciones penales (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, p. 4), considero que esto es errado dado que estas medidas tienen supuestos de hecho distintos a los de una sanción penal al ser que para la imposición de estas medidas no se requiere la acreditación de una culpabilidad tradicional o culpabilidad empresarial. En la doctrina, Gracia Martín desarrolla que las consecuencias accesorias no tienen naturaleza penal y se aplican a supuestos de hecho no penales (2012, p. 203).

En suma, considero que la naturaleza de la regulación del artículo 105° del Código Penal responde a un sistema vicarial o de transferencia que consiste en que el injusto cometido por la persona natural es transferido a la persona jurídica siendo que el reproche permanece en la persona natural, pero se adoptan medidas contra la persona jurídica para evitar que siga siendo instrumentalizada.

Por otro lado, en la referencia a los defectos en la organización, considero que este criterio de atribución se ha positivizado en la Ley N° 30424 y tiene características distintas al artículo 105° del Código Penal. Por ende, considero que la casación materia de análisis no ha analizado debidamente las diferencias entre ambas normas y se ha limitado a abordarlas desde una perspectiva de similitud interpretando que el defecto de organización integra el referido artículo 105°, a pesar de que ostenta características distintas. Esta forma de interpretación genera que los jueces apliquen de forma indistinta una u otra figura, e incluso, puede generar que las normas no sean efectivas por la falta de claridad en su fundamento y su posterior aplicación.

En ese sentido, Chanján desarrolla que existe un alejamiento del modelo de transferencia desarrollado con la publicación de la Ley N° 30424 dado que ahora se presenta un modelo mixto en el que el reproche se refiere a un injusto que emana de un defecto en la organización propio de la persona jurídica con la

consiguiente culpabilidad y punibilidad correspondiente (2016, p. 76). En la doctrina comparada, Muñoz Conde ha desarrollado que en caso del control que debe ejercer la persona jurídica y en caso no se realice, se puede equiparar a una culpa in vigilando o culpabilidad por defecto en la organización (2010, p. 630). Ahora bien, según Bedecarratz el defecto en la organización no se agota en incumplimiento de los modelos típicos de cumplimiento normativo, sino que abarca a reglas de comportamiento extrapenales vinculadas a la ocupación social y giro de negocio de la organización (2020, p. 694-728). Por lo expuesto, considero que se trata de distintos fundamentos los que motivan la regulación del artículo 105° del Código Penal a diferencia de la Ley N° 30424, que regula un modelo mixto de responsabilidad penal de las personas jurídicas sustentado en un método de atribución mediante “defectos en la organización”.

Al respecto, basta con revisar el artículo 3° de la referida Ley N° 30424 que establece criterios de atribución de responsabilidad de persona jurídica que en suma se redirigen a una falta de deber de control y vigilancia en la actuación de administradores, representantes o personas naturales que presenten servicios a la persona jurídica. Como se observa, no solo se refiere a una instrumentalización de la persona jurídica de parte de un representante de la misma, sino que abarca la necesidad de control y vigilancia como deberes residuales que le corresponden a los órganos directivos de la organización y en general de toda persona que se relacione con la persona jurídica.

Ahora bien, Feijoo Sánchez tiene una posición distinta respecto de la Ley N° 30424, dado que considera que se trata de una responsabilidad administrativa y no penal de la persona jurídica (2019, p. 231-235). De cualquier forma, es patente las diferencias insalvables entre el concepto de “defecto en la organización” que fundamenta el criterio de atribución de responsabilidad autónoma de las personas jurídicas respecto de las consecuencias accesorias del artículo 105 que se sustentan en evitar el peligro de instrumentalización de la persona jurídica, por lo que la casación analizada incurre en error al interpretar estas figuras como si fueran símiles entre sí.

Por lo expuesto, considero que no es correcto el análisis del defecto en la organización para verificar si la adquisición del inmueble Cervatel se realizó de buena fe dado que este análisis resulta irrelevante a efectos de desarrollar la materia por la cual se concedió el recurso de casación: delimitar los presupuestos del reexamen de incautación cautelar y, en concreto, el desarrollo de los alcances del tercero adquirente de buena fe. Como he expuesto, el defecto en la organización dota de contenido la atribución de responsabilidad de una persona jurídica y permite incorporar a una investigación penal mediante una imputación concreta a las personas jurídicas para determinar su responsabilidad penal. Sin embargo, en el presente caso no se está discutiendo la responsabilidad penal de la inmobiliaria Santa Clara, sino que únicamente se está discutiendo si de los elementos de convicción aportados se corrobora que se trata de un adquirente de buena fe y se acredita su no intervención en el delito.

En ese sentido, la propuesta de indicios de verificación de la corrección de la adquisición planteada por la Casación materia de análisis resulta insuficiente para desarrollar los alcances del tercero de buena fe porque no se ha desarrollado un marco dogmático que sustente la aplicación práctica de los referidos indicios. Así, se plantea un desarrollo de este presupuesto del reexamen que parte de premisas inválidas como la necesidad de valoración de defectos en la organización de la empresa adquirente, cuando esto no es pertinente ni tiene relación con lo que en sustancia se está decidiendo.

Por tanto, considero que es necesario que, en lo sucesivo, el Poder Judicial desarrolle con mayor profundidad los presupuestos del reexamen de la incautación cautelar y, en concreto, el presupuesto del tercero adquirente de buena fe en un proceso penal por lavado de activos sin remitirse a normativa impertinente ni conceptos jurídicos como el de “defecto en la organización” que no resulta necesario analizar a efectos de desarrollar doctrina jurisprudencial que dote de contenido a los presupuestos del reexamen de incautación.

## VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

En el presente informe, se ha desarrollado el problema principal que consiste en delimitar la necesidad de realizar un análisis del artículo 105° del Código Penal como fundamento del reexamen de incautación cautelar. Para responder a esta interrogante se han planteado tres problemas secundarios que emanan del desarrollo de la Casación analizada. El primer problema consiste en delimitar si la Casación realizó un análisis adecuado de los presupuestos para declarar fundada una solicitud de reexamen de incautación cautelar. El segundo problema consiste en delimitar si era necesario el análisis del artículo 105° del Código Penal a efectos de analizar motivadamente el pedido de reexamen de la medida de incautación cautelar contra el inmueble “Cervatel”. El tercer problema consiste en desarrollar si es correcto analizar los defectos en la organización para verificar si la adquisición del inmueble “Cervatel” fue de buena fe. A partir del análisis realizado en los subcapítulos del presente informe, presento las siguientes conclusiones de cada uno de los problemas jurídicos identificados.

En primer lugar, la Sala Penal Permanente en esta Casación no ha realizado un análisis correcto de los presupuestos para estimar una solicitud de reexamen de incautación cautelar. Al respecto, se ha desarrollado a lo largo del presente informe que los presupuestos del reexamen son independientes y distintos a los de una apelación del auto de incautación cautelar. Así, los presupuestos tienen por finalidad devolver el patrimonio a una persona sea natural o jurídica que obra de buena fe y acredita su ajenidad con el delito investigado. La particularidad de este incidente de reexamen es que se da la posibilidad al tercero a acreditar su relación conforme a derecho con el bien incautado mediante la aportación de nuevos elementos de convicción. Por ende, si los nuevos elementos de convicción aportados dan cuenta de una modificación de las circunstancias que motivaron declarar fundada la medida de incautación cautelar, será posible levantar la medida de embargo porque el afectado es un tercero de buena fe cuya propiedad se privilegia por sobre el derecho estatal de retener bienes con origen delictivo.

Como consecuencia de no realizar un análisis correcto de los presupuestos para declarar fundada una solicitud de reexamen, considero que la Sala Penal Permanente ha perdido la oportunidad de dotar de contenido al presupuesto de tercero adquirente de buena fe con, por ejemplo, la doctrina y jurisprudencia expuesta en el presente informe sobre cuándo un tercero adquirente es considerado uno de mala fe, uno que obra con culpa grave o uno que obra con culpa excusable. Así, la identificación de indicios en el fundamento noveno de la Casación para determinar la corrección o licitud de la transacción realizada con el inmueble “Cervatel” resulta insuficiente a efectos de explicar el marco normativo y dogmático de la debida diligencia y el actuar de buena fe de un tercero. En suma, considero que la identificación de estos indicios se trata de una propuesta aislada sin un marco jurídico que la sostenga.

Además, la Casación ha realizado interpretaciones que se alejan del contenido de los presupuestos del reexamen de la incautación al establecer que una empresa está en condiciones de advertir el origen delictivo de los bienes que adquiere como criterio delimitador de la mala fe porque no tiene implementados mecanismos internos de control o de modelos de prevención adecuados. Sobre ello, he analizado que esto se trata de una imposición no establecida en el Código Procesal Penal que resulta perjudicial de los derechos de terceros ajenos al proceso dado que, en caso no implementen estos modelos de prevención, la adquisición de bienes que se realicen se presumirá de mala fe. En síntesis, la Casación se ha referido a aspectos que no merecían ser analizados y no ha valorado de forma correcta los presupuestos para declarar fundado un pedido de reexamen de incautación.

En segundo lugar, en el presente informe se ha desarrollado que no era necesario del análisis del artículo 105° del Código Penal en el presente incidente. Por ello, concluyo que la motivación de la Casación es defectuosa respecto del desarrollo los presupuestos del reexamen la incautación. A lo largo del informe he desarrollado que el fundamento jurídico del artículo 105° es distintos a lo desarrollado en el presente incidente, así como, no es de recibo una concordancia con el artículo 102° del Código Penal por la diferencia en los presupuestos para ser estimados. En esa línea, no es posible concordar y

analizar la motivación de una sentencia sobre reexamen concordándola con el artículo 105° del Código Penal dado que este no dota de contenido al presupuesto de la verificación de un tercero adquirente de buena fe, por el contrario, se trata de una norma con presupuestos independientes.

Además, si se pretende desarrollar una concordancia en virtud de que el artículo 105° del Código Penal surge a partir del análisis del *fumus commissi delicti*, considero que este es un presupuesto de la medida de incautación cautelar y no es necesario ser revisado a efectos de un análisis realizado en una solicitud de reexamen de incautación.

En tercer lugar, considero que para analizar la materia controvertida referida al reexamen de la medida de incautación cautelar en el presente caso no era necesario recurrir a la teoría del defecto en la organización porque este criterio se usa con la finalidad de atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica en virtud de lo establecido en la Ley N° 30424, lo cual no era materia de discusión en el presente incidente. En el presente caso, se ha desperdiciado una oportunidad para dotar de contenido de los requisitos para considerar cuando un adquirente es tercero de buena fe en un proceso penal por lavado de activos.

Finalmente, como conclusión principal considero que la Sala Penal Permanente ha incurrido en un error de motivación al analizar los alcances del artículo 105° del Código Penal como un presupuesto para valorar una solicitud de reexamen de incautación cautelar. Como he desarrollado, la exigencia de análisis de este artículo planteada por la Sala Suprema tergiversa la finalidad de las solicitudes de reexamen que se amparan en la necesidad de valoración de los nuevos elementos de convicción aportados por el tercero que acreditan su ajenidad en la intervención del delito y la propiedad de buena fe. El análisis del artículo 105° genera que no se tenga claridad respecto del contenido y el marco jurídico del presupuesto del tercero adquirente de buena fe, por lo cual fue concedido el recurso de casación.

Al respecto, hubiera sido recomendable la revisión de jurisprudencia comparada que dote de contenido al concepto de tercero adquirente de buena fe, tal como

la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia que acuña el concepto de buen fe cualificada, así como, la división realizada en la doctrina entre tercero adquirente de mala fe, tercero adquirente con culpa inexcusable y con culpa excusable. Finalmente, sería pertinente la revisión de normativa extrapenal en materia de derecho civil y de pérdida de dominio dado que esta también dota de contenido al concepto de tercero de buena fe en el ordenamiento peruano de conformidad con las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional.



## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina:

1. Aguado Correa, T. (2014). Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-56.
2. Alpaca Pérez, A. (2022) Apuntes sobre la responsabilidad (objetiva y por el hecho de otro) de la persona jurídica por los delitos cometidos por personas naturales integradas en su estructura. El caso peruano. *Nuevo Foro Penal*, 53-101
3. Bajo Fernández, M. (2017). *Derecho Penal, persona jurídica y delito de blanqueo de capitales*, Ediciones Olejnik.
4. Bedecarratz Scholz, F. (2020). Defecto de organización y reglas de comportamiento en la imputación de las personas jurídicas. *Política criminal*, 15(30), 694-728.
5. Chanjan Document, R. y Fernandez Díaz, C. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y Perú. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 76, 349-379.
6. Clavijo, C. (2014). Criminal Compliance en el derecho penal peruano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 73, 625-647.
7. Corcoy Bidasolo, M. (2018). Atribución de responsabilidad penal individual en la empresa- responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficial de cumplimiento, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 32, ISSN 2306-7608, 62.
8. García Caveró, P. (2023). Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias. *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 1-22.
9. Gimeno Sendra, V. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex.

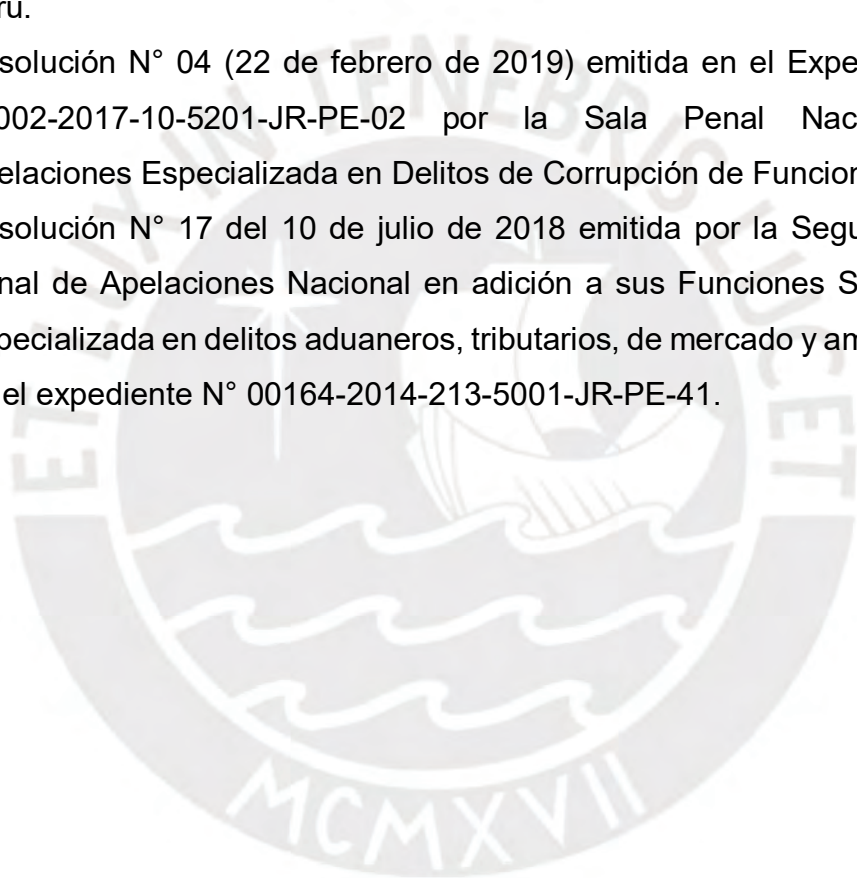
10. Gomez Jara, C. (2010). ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. *Polít. crim.* Vol. 5, N° 10, Doc. 1, 462.
11. Gracia Martín, L. (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Tirant Lo Blanch.
12. Gracia Martín, L. (2012). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*. Tirant Lo Blanch.
13. Meini Méndez, I. F. (1996). Responsabilidad penal de las personas Jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la política criminal. *IUS ET VERITAS*, 7(13), 199-211.
14. Mir Puig, S. (2004). Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-17.
15. Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Tirant Lo Blanc, 8ª Edición.
16. Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Editorial Moreno S.A.
17. Ore Guardia, A. (1998). La coerción real y las consecuencias civiles ex -delito. *Derecho y Sociedad*, (13), 120-133.
18. Prado Saldarriaga, V. (2017), *Derecho penal. Parte especial*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
19. Rodríguez Castro, C. (2019). Un breve análisis de la “Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas” regulada en la Ley N° 30424. Entrevista al Dr. Bernardo Feijóo Sánchez. *Derecho & Sociedad*, (52), 231-235.
20. Rosas, J. A. (2021). *Decomiso y Extinción de Dominio. La Nueva Política Criminal de Recuperación de Activos de Origen Ilícito*. Gaceta Jurídica.
21. Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
22. San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Instituto peruano de criminología y ciencias penales y Centro de Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

23. Tiedemann, K. (1997) La responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. La reforma de la justicia penal: (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann) / coord. por Juan Luis Gómez Colomer, José Luis González Cussac, p. 23-48.
24. Tobar Torres, J. A. (2014). Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 14(26), 17-38.
25. Zúñiga Rodríguez, L. (2009). Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105CP, a más de 15 años de su vigencia. Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal. *Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 485 - 486.

Jurisprudencia:

1. Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 (16 de noviembre de 2010), Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
2. Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116 (06 de diciembre de 2011), Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
3. Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 (13 de noviembre de 2019), Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
4. Casación N° 382-2013/Puno (10 de marzo de 2015), Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
5. Casación N° 1553-2018/Nacional (06 de agosto de 2019), Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
6. Casación 1595-2018/Nacional (06 de agosto de 2019), Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
7. Sentencia C-1007, (19 de noviembre de 2002) de la Corte Constitucional de Colombia.
8. Sentencia C-740, (28 de agosto de 2003) de la Corte Constitucional de Colombia.

9. “Caso del Tercero de Buena fe”, Sentencia del Tribunal Constitucional del 05 de marzo de 2020 emitida en el Expediente N° 0018-2015-PI-TC.
10. Casación N°103-2016-Puno (17 de mayo de 2017), Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
11. Casación N° 2147-2019-Puno (01 de julio de 2021) emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
12. Recurso de Nulidad N° 895-2018-Lima Sur (23 de enero de 2019), Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
13. Resolución N° 04 (22 de febrero de 2019) emitida en el Expediente N° 00002-2017-10-5201-JR-PE-02 por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.
14. Resolución N° 17 del 10 de julio de 2018 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional en adición a sus Funciones Sala Penal Especializada en delitos aduaneros, tributarios, de mercado y ambientales en el expediente N° 00164-2014-213-5001-JR-PE-41.



## ANEXOS

- Casación N° 864-2017/Nacional



# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

## 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 comissi*, 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 comissi*: 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 al 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