AUTO DE APELACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA

RESOLUCIÓN N° 08

Lima, diecinueve de enero de dos mil dieciocho.-

AUTOS Y VISTOS.- Son materia del grado los recursos de apelación interpuestos por la defensa técnica de **GONZALO FERRARO REY**[1], la defensa técnica de **FERNANDO MARTÍN GONZALO CAMET PICCONE**[2] y la defensa técnica de **JOSÉ FERNANDO CASTILLO DIBÓS**[3]; todas contra la Resolución judicial N° 02, de fecha cuatro de diciembre de dos mil diecisiete[4], que declaró **FUNDADO** el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el Ministerio Público por el plazo de 18 meses contra Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone y otros, y declaró **INFUNDADO** el requerimiento de prisión preventiva solicitado e impuso arresto domiciliario por el plazo de 18 meses contra Gonzalo Ferraro Rey, con motivo de la investigación que se les sigue por la presunta comisión del delito de Colusión y otro, en agravio del Estado; votada la causa dentro del plazo de ley, y acopiado el voto discordante en la fecha;

Y CONSIDERANDO.-

1.1. *POSICIÓN DE LAS PARTES PROCESALES.-*

1.1.1. En la audiencia de vista, la **defensa técnica de Gonzalo Ferraro Rey** fundamentó su recurso con los siguientes argumentos: **a)** Su patrocinado no está vinculado directa ni indirectamente con los hechos, ni siquiera en la declaración de Jorge Barata; **b)** Su participación en la junta de accionistas de junio de 2011 es legal y en mérito de un poder de clase D; **c)** No se le puede atribuir el no pegado del acta en el libro de actas de la junta

[1] A fojas 1826 y siguientes.
[2] A fojas 1857 y siguientes.
[3] A fojas 1906 y siguientes.
[4] A fojas 1730-1731, cuya transcripción yace a fojas 1735 y siguientes.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

de accionistas; **d)** En el informe 02-2017, Price Waterhouse Cooper del Perú no señaló irregularidad alguna con el empleo del término "riesgos adicionales"; **e)** No era un empresario, sino un gerente, por lo que no cabe la afirmación de conocer el supuesto pacto colusorio; **f)** Se le ha diagnosticado carcinoma epiteloide agresivo, y su tratamiento lo arraiga a la ciudad de Lima; *razones por las que ha solicitado la revocatoria de la resolución venida en grado y se le dicte comparecencia simple a su defendido.*

1.1.2. Por su parte, la **defensa técnica de Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone** sustentó las impugnaciones interpuestas manifestando lo siguiente: **a)** La distribución de las utilidades corresponden a actos lícitos; **b)** Los postulados de la Fiscalía tergiversan la declaración de Barata; **c)** Se ha empleado la declaración de un aspirante a colaborador eficaz no corroborada, lo que resulta ilícito; **d)** Se ha saltado de la sospecha reveladora a sospecha grave en solo dos días; **e)** La forma en que fue presentada la imputación fiscal, involucra la complicidad postconsumativa, de imposible previsión; **f)** La declaración de los auditores carece de fuerza incriminatoria y son contradictorias entre sí; **g)** Resulta impropio utilizar el poder económico de una persona para sustentar el peligro procesal, porque es discriminatorio; *razones por las que ha pedido la revocatoria de la resolución venida en grado y se le dicte comparecencia simple al recurrente.*

1.1.3. Por último, la **defensa técnica de José Fernando Castillo Dibós** sustentó su recurso sobre las siguientes razones: **a)** De dieciocho elementos de convicción señalados por la Fiscalía, solo se han considerado tres; **b)** Una vez adecuado los hechos a la norma, resulta que con la aplicación de la más benigna la conducta

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

habría prescrito; **c)** No hay elemento de convicción alguno que corrobore la supuesta reunión directa de su patrocinado con Toledo Manrique, ni que Barata le haya comunicado del supuesto acuerdo; **d)** El 'informe pericial contable' no ha sido incorporado como una prueba pericial; **e)** El concepto de 'riesgos adicionales' es legal, y los auditores se han contradicho en sus respectivas declaraciones; **f)** Si no hay delito de colusión, no puede haber lavado de activos; **g)** Los empresarios hacen viajes cortos por negocios, es parte de su trabajo, y resulta discriminatorio considerar que solo por eso su arraigo no es de calidad; *razones por las que ha solicitado la revocatoria de la resolución venida en grado y en su lugar se le dicte comparecencia simple a su patrocinado.*

1.1.4. En contradicción, la **Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios** señaló lo siguiente: **a)** El cambio gradual de sospecha reveladora a sospecha grave se liga a los casos en los que se puede apreciar entre los actos un tiempo suficiente sobre el que se pueda evaluar esa evolución; **b)** No es aplicable el precedente de Vicente Díaz Arce aquí, porque el fiscal se reservó el derecho de pedir prisión preventiva al emitir su disposición de formalización y ampliación de la investigación preparatoria; **c)** No ha prescrito el tipo penal, ya que el antiguo artículo 384° del CP tipificaba la colusión como delito de resultado y de lesión, mientras que el aplicado por el juez tipifica un delito de peligro; **d)** No es posible probar directamente la reunión de los empresarios con Toledo, porque hay que considerar las características del delito; **e)** No ha desvalorado penalmente actos postconsumativos, sino el sentido social de la conducta de la gente; **f)** No había conocimiento de los conceptos de 'riesgos adicionales' en los

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

auditores, y se tratan de conceptos extraños a las prácticas y usos contables; **g)** El estado de salud de Gonzalo Ferraro ya fue considerado para dictarle arresto domiciliario, no pudiéndose revalorar para darle comparecencia simple; **h)** Sobre la repartición diferenciada de utilidades, los riesgos no fueron provisionados contablemente entre 2006 y 2011; **i)** se ha demostrado los esfuerzos por ocultar el acto de lavado por parte de los empresarios; **j)** Los recurrentes tienen arraigo, pero por su condición económica hay riesgo de abandonar el país u ocultarse; *motivos por los cuales el representante del Ministerio Público, al término de su exposición, solicitó la confirmación de la resolución venida en grado.*

1.2. OBJETO DE DISCUSIÓN.-

1.2.1. De lo expuesto en la audiencia de vista, se entiende que las partes discuten la configuración de los presupuestos materiales –específicamente los graves y fundados elementos de convicción y el peligro procesal– que sustentaron la procedencia de la prisión preventiva por parte del juzgado de primera instancia.

SEGUNDO: CUESTIONES DE DERECHO.-

2.1. PRISIÓN PREVENTIVA.-

2.1.1. La prisión preventiva es una medida de coerción procesal de carácter jurisdiccional, dictada a requerimiento del Ministerio Público, siempre que se cumplan con los presupuestos materiales señalados en el art. 268° y siguientes del CPP:

'a'. ***Apariencia de buen derecho.-*** existencia de **fundados y graves** elementos de convicción que hagan razonable estimar la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

'b'. ***Prognosis de pena.-*** que la sanción que correspondiera imponer en el presente caso sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

'c'. ***Peligro procesal.-*** existencia, en el imputado, de antecedentes y otras circunstancias particulares que permitan colegir razonablemente que buscará eludir la acción de la justicia –peligro de fuga– u obstaculizar la averiguación de la verdad –peligro de obstaculización–.

2.1.2. Es necesario señalar que, para admitir la imposición de la prisión preventiva, los referidos presupuestos procesales deben ser verificados copulativamente, esto es, deben manifestarse concurrentemente; caso contrario, no amerita la imposición de esta medida de coerción personal.

2.1.3. De lo expuesto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación 391-2011-Piura[5], se puede concluir que la impugnación de la prisión preventiva amerita la reevaluación de los elementos de convicción presentados por las partes al momento en que se requirió la prisión preventiva, con el fin de verificar la concurrencia de los presupuestos necesarios para su aplicación.

2.1.4. Asimismo, la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433 –fundamentos 23° y 24°–, de fecha 11 de octubre de 2017, ha señalado la existencia de diversos estándares o grados de sospecha que deben ser superados para justificar la realización de diversas actuaciones procesales. Así tenemos:

'a'. ***Sospecha inicial simple.-*** requiere del fiscal puntos de partida objetivos, justificado por eventos concretos de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede constituir un delito. Justifica la emisión de la disposición de diligencias preliminares.

'b'. ***Sospecha reveladora.-*** precisa la existencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente como indicios de la comisión de un delito; siendo el nivel de fijeza de la actividad criminal previa, el intermedio. Este estándar es requerido para la formalización de la investigación preparatoria.

[5] De fecha 18 de junio de 2013, fundamentos jurídicos 2.8 y 2.9.

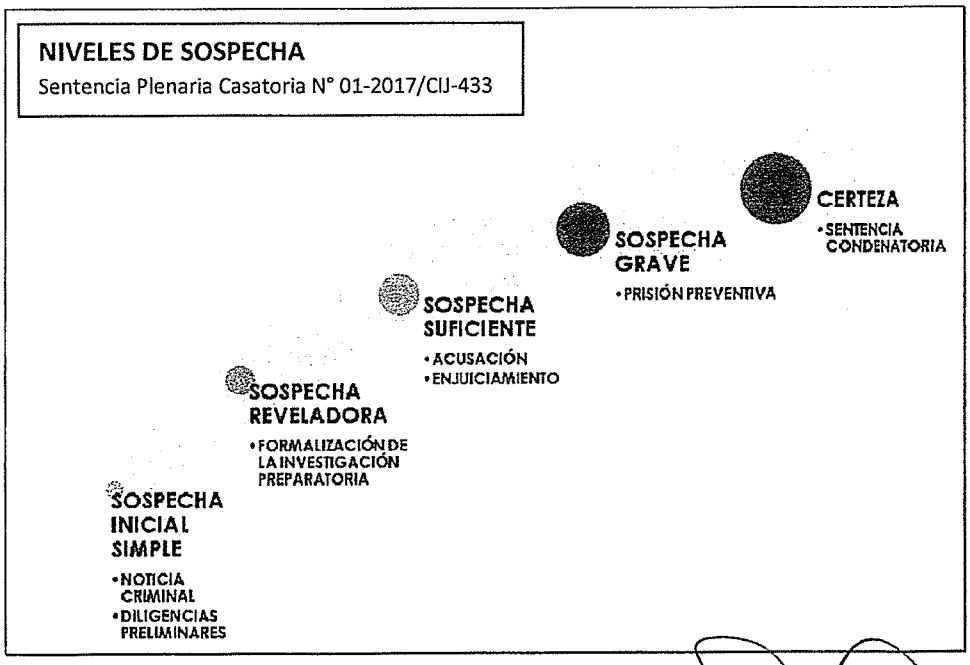
EDITH ROSARIO SEGOVIA BARRIONUEVO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

'c'. ***Sospecha suficiente.-*** Exige que los elementos de convicción acopiados hasta este momento señalen una mayor probabilidad de condena que la de absolución; siendo que la ponderación de la verosimilitud de la imputación amerite probabilidad racionalmente determinada. Es necesaria tanto para el requerimiento de acusación como también para la emisión del auto de enjuiciamiento.

'd'. ***Sospecha grave.-*** Requiere de un ***alto grado de probabilidad*** de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que se presentan todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad. El juicio de imputación debe contener un ***elevado índice de certidumbre y verosimilitud*** sobre la intervención del encausado en el hecho delictivo. **La superación de este nivel es necesaria para la imposición de la prisión preventiva**.

'e'. ***Certeza.-*** Se exige la prueba plena de la autoría y una calificación definitiva de la conducta. Necesaria para la emisión de una sentencia condenatoria.

El siguiente gráfico resume lo expuesto sobre los estándares o niveles de sospecha requeridos:



2.1.5. Debemos advertir que para la adopción de esta medida de coerción personal no se exige certeza sobre la imputación sino

EDITH ROSARIO SUASNABAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al requerido tanto para formular la acusación como para emitir el auto de enjuiciamiento, y lógicamente la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, lo cual debe sustentarse con toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento. He allí la razón de la expresión *'**fundados** y **graves** elementos de convicción'*, que debe constituirse sobre cada uno de los elementos típicos del delito que se investiga.

2.1.6. Se compartan o no los fundamentos con relación a los criterios respecto de la intensidad que debe reunir la "sospecha" -en su pleno sentido técnico procesal- de parte de los sujetos procesales, debemos señalar que es criterio jurisprudencial vinculante contenido en una sentencia casatoria plenaria, en tal sentido los operadores del derecho nos encontramos vinculados en su aplicación.

2.2. *COLABORACIÓN EFICAZ Y PRISIÓN PREVENTIVA.-*

2.2.1. La colaboración eficaz es una expresión del denominado *"Derecho Penal Premial"* en materia procesal, en cuya virtud se concede una suerte de 'premio estatal' o de 'respuesta penal atenuada' a quien es procesado por la comisión de un delito y ha brindado declaraciones verdaderas y útiles que favorezcan la investigación que se está realizando.

2.2.2. El CPP regula su incorporación en el proceso penal a través de un proceso especial, en la sección VI de su libro V (arts. 472 y siguientes). En virtud del procedimiento establecido, se hace necesaria la corroboración de las declaraciones de los colaboradores eficaces para que el acuerdo alcance validez y

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

eficacia[6]. De no haber existido dicha corroboración, no pueden ser incorporada en otro proceso (u otro incidente), en tanto dicha declaración carece de aptitud para enervar la presunción de inocencia, y menos aún puede ser empleado como un fundado y grave elemento de convicción que sustente una prisión preventiva, y de hacerlo, deberán ser aplicados los artículos 158°.2 y 481-A del CPP[7].

2.2.3. De esta manera, para valorar la declaración de un colaborador eficaz incorporada como elemento de convicción que fundamenta un requerimiento fiscal de prisión preventiva, esta debe estar corroborada en el procedimiento especial de colaboración eficaz y debe estar sustentada debidamente por el Ministerio Público al momento de formular su requerimiento, correspondiendo a la autoridad judicial darle el mérito atinente al caso concreto.

2.2.4. Lo que sí es seguro es que los actos de corroboración de la declaración de un colaborador eficaz de ninguna manera deben realizarse por iniciativa del propio juez, sino que deben ser sostenidos en el requerimiento fiscal como tales. De no ser así, la realización de "actos de corroboración" por parte del Juez de Investigación Preparatoria implicaría que:

'a'. El Juez sustituya al Ministerio Público en la labor de corroboración de la declaración –información– del aspirante a colaborador.

'b'. Los actos de corroboración realizados por el juez se manifiestan sin cumplir el procedimiento señalado en el proceso especial de colaboración eficaz;

[6] En el mismo sentido, la Instrucción General N° 1-2017-MP-FN, aprobada por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 4201-2017-MP-FN, de fecha 20 de noviembre de 2017.
[7] Cfr. ASENCIO MELLADO, José María. "Los presupuestos de la prisión provisional. La excepcionalidad de la prisión provisional y el procedimiento por colaboración eficaz". En: *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba*, Lima: Ed. Ideas, 2017, pp. 74-76.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

'c'. Se invierta la finalidad del procedimiento: sería la declaración del colaborador la que "corrobore" los elementos de convicción existentes en un proceso.

En consecuencia, *el Juez de Investigación Preparatoria no puede irrogarse la facultad de corroborar la declaración de un colaborador eficaz.*

2.2.5 En el caso concreto, se tiene que el Ministerio Público acredita su imputación penal contra los imputados recurrentes centralmente con elementos de convicción acopiados en el procedimiento de colaboración eficaz, dentro de ellos, la declaración del colaborador eficaz corroborado con la pericia contable financiera y dos testimoniales actuados, cumpliendo formalmente con lo señalado por el artículo 481°-A del Código Procesal Penal, como así lo han aceptado los abogados de la defensa. Para el Ministerio Público, los elementos de convicción acopiados en el mencionado procedimiento constituyen sospecha grave que sostendría una medida cautelar personal -prisión preventiva-. En tal sentido, no existe ninguna objeción que las mismas sean valoradas en el presente incidente.

2.3. *DELITO DE COLUSIÓN EN EL ART. 384° DEL CP.-*

2.3.1. La Fiscalía imputa el delito de Colusión[8], previsto en el artículo 384° del Código Penal, con la redacción modificada por la Ley N° 26713[9] (tipo penal vigente al momento de la comisión de los hechos denunciados):

> *"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial* ***defrauda al Estado*** *o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o*

[8] Véase la calificación jurídica, a fojas 10 y 11.
[9] Publicada el 27 de diciembre de 1996.

EDITH ROSARIO SUASNABAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años".

2.3.2. No obstante, el juzgado de primera instancia adecuó[10] los hechos al artículo 384° con el texto modificado por la Ley N° 29758[11], cuyo primer párrafo (colusión simple) resulta más favorable a los encausados:

> *"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados* ***para defraudar*** *al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*
>
> *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años".*

Concretamente, se consideró enmarcar los hechos materia de acusación en el primer párrafo del art. 384°, que prevé la colusión simple, sancionada con penas entre 3 y 6 años, en lugar del anterior texto, que preveía entre 3 y 15 años.

2.4. *DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.-*

2.4.1. Por otra parte, la Fiscalía consideró imputar el delito de Lavado de Activos con el texto normativo de la Ley N° 27756, modificado por Decreto Legislativo N° 986[12]:

> *"Artículo 1.- Actos de conversión y transferencia.- El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de*

[10] Como consta en el fundamento 3.2.4.1 (tercera viñeta) de la Resolución judicial de vista, a fojas 1749 y 1750.
[11] Publicada el 21 de julio de 2011.
[12] Publicado el 21 de julio de 2011.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

su origen, incautación o decomiso; será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa".

2.4.2. Así, las modalidades de conversión y transferencia deben ser perpetradas con la finalidad de dificultar la identificación del origen –que conoce o puede presumir– del dinero, bienes, efectos o ganancias, o de evitar su incautación o decomiso.

TERCERO: *ANÁLISIS DE LOS CASOS.-*

3.1. *IMPUTACIÓN CONTRA LOS RECURRENTES.-*

3.1.1. Con relación a los hechos que en primera instancia se dieron por acreditados, la recurrida ha expuesto sin seguir un orden lógico –como es la presentación de los argumentos de la fiscalía, los argumentos de la defensa y la conclusión arribada– los fundamentos que sustentaron a su criterio la apariencia de buen derecho en el presente caso: procedió a exponer la conclusión a la que arribó y acto seguido desestimó los alegatos de los abogados defensores partiendo de la conclusión arribada.

Desde una formalidad lógica, es plausible entender que el juez de primera instancia da respuesta a los argumentos de la defensa cuando se ha arribado a conclusiones basado solo en argumentos del Ministerio Público, mas ello no resulta suficiente para declarar la nulidad de la recurrida.

3.1.2. El Ministerio Público, en su requerimiento de fecha 01 de diciembre de 2017, solicitó la imposición de la medida de coerción personal de prisión preventiva contra los ahora recurrentes, en mérito de los hechos descritos a continuación:

ÉDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

a) Por el ***delito de Colusión***[13]: contra Gonzalo Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibós.

*"**44.** Se imputa a José Alejandro Graña Miró Quesada, Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibós, en su condición de directores de las empresas Graña y Montero S.A.A., JJC Contratistas Generales S.A. e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A., respectivamente, haber defraudado al Estado concertándose con Alejandro Toledo Manrique, para que sus representadas, integrantes de consorcios participantes en el concurso para la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, tramos 2 y 3 sean favorecidas, a cambio del pago de una millonaria comisión ilícita, hechos ocurridos entre los años 2004 y 2005. [...]*

[Sigue referencia a la norma aplicable: art. 384° del CP modificado por Ley N° 26713]

Las empresas peruanas asociadas como interesadas

***47.** Como se indicó en los hechos objeto de investigación, Jorge Henrique Simões Barata comunicó a los directores de las empresas asociadas, la conversación sostenida con Alejandro Toledo Manrique, y la necesidad de distribuir el costo de los pagos ilícitos, de cara a ser favorecidos en la licitación del Proyecto Interoceánica Sur.*

***48.** Éstos, en palabras de Simões Barata, tenían conocimiento no detallado de las conversaciones, pero aceptaron la distribución del costo. Para este despacho fiscal, lo descrito significa el momento conclusivo del proceso de concertación.*

***49.** Así, la concertación ha sido entendida de manera unánime por la doctrina y jurisprudencia como el 'ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley', el acuerdo ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, el que supone pactos, componendas o acuerdos ilícitos en perjuicio de los intereses estatales. En suma, la concertación supone conjugar o conciliar dos o más intereses o voluntades.*

***50.** En esa línea de ideas, la concertación supone o debe comunicar la coincidencia del interés del funcionario y el particular (o particulares) hacia un fin diferente al del Estado como gestor y administrador de los recursos públicos, apuntando hacia la vulneración de las normas que precisamente buscan asegurar la asignación eficiente de recursos.*

[13] Véase de fojas 10 a 12.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

51. *La lógica de la argumentación hasta aquí desarrollada, implica, además de la coincidencia de voluntades, la presencia de la totalidad de las mismas. Así, por ejemplo, si solo uno de los miembros del Comité Especial conversa con los interesados, el proceso de concertación no estaría terminado, pues es la coincidencia volitiva de cada uno de los tres miembros la que completa la concertación.*

52. *En este orden de ideas, el acuerdo ilegal puede ser un acto como también un conjunto de actos dirigidos a plasmar una decisión y sellar una concertación colusoria.*

53. *En razón de lo expresado, la comunicación e Simões Barata a los asociados, culmina el proceso de concertación, en tanto todas las voluntades necesarias se alinearon para defraudar al Estado.*

54. *Siendo ello así, es tesis del Ministerio Público que, al igual que en el caso de Simões Barata, la conducta de Graña Miró Quesada, Camet Piccone y Castillo Dibós, se subsume en el tipo penal de colusión, en los términos de una intervención como extraneus.*

<u>El pago de la coima y las empresas peruanas asociadas</u>

55. *Este despacho fiscal, está convencido que el segundo momento de la intervención de las empresas asociadas es cuando el Grupo Odebrecht efectuó cada una de las transferencias de dinero a Alejandro Toledo, vía las empresas de Josef Maiman, entre los años 2006 y 2010.*

56. *La lógica de lo mencionado en el párrafo anterior, tiene como premisa que, al existir un acuerdo de asunción del costo del pago de las ventajas indebidas, las transferencias realizadas por las estructuras offshore controladas por el Grupo Odebrecht. Implicaba – en sí mismo – un pago realizado por las consorciadas.*

57. *En ese orden de ideas, si bien el dinero, materialmente, salía de las cuentas de las offshore dominadas por Odebrecht a las estructuras dominadas por Josef Maiman, no significa que estos hayan sido los únicos intervinientes en dicho acontecimiento ilícito.*

58. *La premisa de nuestro argumento es que si bien el dinero corresponde a Odebrecht (en tanto salía de las cuentas de sus offshore); la coima, como contraprestación ilícita producto del pacto colusorio, es de competencia de todas las personas que asumieron el costo de esas transferencias.*

59. *En suma, si bien desde un punto de vista causal-natural, podría aseverarse que el Grupo Odebrecht 'pagó' la coima y los consorciados, luego, le entregaron la parte que les correspondía;*

EDITH ROSARIO SUASNABAR PONCE
SECRETARIA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

creemos que así, no se no expresa con exactitud el fenómeno objeto de investigación.

60. *Tanto el Grupo Odebrecht, como los asociados que asumieron el costo de las ventajas indebidas, son competentes por cada uno de los pagos parciales realizados para Alejandro Toledo; en tanto, desde un principio, ese era el sentido de la distribución de su organización.*

61. *En esa misma línea, no debe perderse de vista, por un lado, que el Grupo Odebrecht tenía la facilidad de contar con una estructura financiera internacional que permita realizar de manera subrepticia el pago de ventajas indebidas; y, por otro lado, existía la dificultad, por parte de las asociadas, de justificar la salida de dinero. En ese sentido, el mecanismo utilizado, era una oportunidad idónea para cumplir con los fines ilícitos".* [El resaltado y subrayado son nuestros].

b) Por el ***delito de Lavado de Activos***[14]: contra Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibós y Gonzalo Ferraro Rey.

"La justificación – modificación en el reparto de utilidades

62. *Se atribuye a Fernando Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibós, Gonzalo Ferraro Rey y Hernando Alejandro Graña Acuña, el delito de lavado de activos en la modalidad de conversión, con arreglo al artículo 1 de la ley N° 27756, modificado por el Decreto Legislativo N° 986* [...] [sigue la cita de la norma aplicable].

63. *Como ha quedado precisado en los hechos descritos en esta disposición, el tercer momento de intervención, es el mecanismo de justificación para el traslado del dinero de las cuentas de las empresas asociadas a Odebrecht (cesión anómala de utilidades).*

64. *Como se indicó, en las actas de junta general de accionistas, se percibe el término 'riesgos adicionales' y/o 'mayores riesgos', como mecanismo para transferir utilidades de las empresas asociadas al grupo Odebrecht.*

65. *De acuerdo con la opinión de los peritos del Ministerio Público, el concepto de 'riesgos adicionales' en el caso concreto, desde una perspectiva económica-financiera y contable, no corresponde a una adecuada aplicación en la actividad empresarial, pues no se ha generado la documentación sustentatoria ni la trazabilidad correspondiente.*

[14] Véase de fojas 12 a 14.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

Tipicidad objetiva: de la naturaleza ilícita del objeto de la cesión de utilidades

66. *Este despacho fiscal cree necesario hacer referencia a que las utilidades obtenidas por las empresas asociadas constituyen producto del delito de colusión, en tanto fueron obtenidas no como resultado de un proceso respetuoso de los principios de transparencia, licitud, libre competencia, sino en razón de un pacto ilícito y al pago de comisiones indebidas.*

67. *En este orden de ideas, los actos de disposición posteriores a la obtención de esas utilidades, de acuerdo con la norma penal, constituirían actos de lavado de activos.*

68. *Teniendo en cuenta lo descrito en los fácticos, la cesión de utilidades significó la disposición de esos activos, bajo una apariencia de legalidad; esto es, los denominados 'riesgos adicionales' y/o 'mayores riesgos', en realidad constituyen actos de conversión.*

Tipicidad subjetiva: el conocimiento del origen ilícito y la acción de dificultar la identificación del origen

69. *Siendo ello así, corresponde imputar a los investigados, Gonzalo Ferraro Rey, Hernando Graña Acuña, Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibós, el delito de lavado de activos en la modalidad de actos de conversión, conducta delictiva prevista y sancionada en el artículo 1 de la Ley N° 27765, modificado por el Decreto Legislativo N° 986 (vigente al momento de los hechos), en tanto en cuanto, los activos antes mencionados fueron insertados en el circuito económico, con conocimiento pleno de los investigados y con el fin de evitar la identificación del origen ilícito de aquellos capitales.*

70. *Por otro lado, la finalidad exigida por el tipo penal (dificulta la identificación de su origen), se desprende de la simulación del concepto denominado 'riesgos adicionales y/o mayores riesgos'; siendo que estos conceptos, dentro del estudio de los estados financieros de la empresa auditora externa, no fueron percibidos por esta última, siendo una clara muestra del resultado que el delito exige.*

71. *Un dato importante que nos permite apoyar esta postura tiene como fuente las diversas tipologías internacionales elaboradas por GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), basando la construcción de las mismas a partir de determinadas señales de alerta o 'red flags'.*

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

72. *De este modo, es preciso destacar que estas han sido normativizadas en el Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, aprobado por la Resolución de SBS N° 2660-2015, en cuyo anexo N° 05 podemos resaltar las siguientes:*

'Los estados financieros presentados por el cliente revelan una situación financiera que difiere de aquélla correspondiente a negocios similares' (punto I.8).

'Que se tome conocimiento por los medios de difusión pública u otro, según sea el caso, que un cliente está siendo investigado o procesado por el delito de lavado de activos, delitos precedentes, el delito de financiamiento del terrorismo y/o delitos conexos.' (punto I.10)

73. *Lo anterior nos permite cerrar los presupuestos que configuran el delito de lavado de activos y que habrían sido materializados por los investigados a partir de la realización de operaciones bajo la tipología denominada de 'estructuración', en la medida en que cada cesión de utilidades, bajo la figura denominada 'riesgos adicionales' tenía como beneficiario final a las empresas del grupo Odebrecht*". [El resaltado y subrayado son nuestros].

3.1.3. De lo expuesto, resultaría que los investigados Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibós habrían participado en los actos de colusión con el entonces Presidente Alejandro Toledo Manrique, hechos ocurridos entre 2004 y 2005, mientras que los investigados antes mencionados además del recurrente Gonzalo Ferraro Rey habrían participado en los actos de Lavado de Activos que habrían tenido lugar posteriormente, esto es, desde 2011.

3.2. <u>*ANÁLISIS DE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO EN EL DELITO DE COLUSIÓN.-*</u>

3.2.1. De lo expuesto por la resolución de primera instancia, son elementos de convicción que sustentarían la prisión preventiva por el delito de Colusión[15] los siguientes:

'a'. Transcripción de la declaración del colaborador eficaz N° 004-2016 sobe la parte pertinente relacionada al 'Pago indebido al entonces Presidente de la República del Perú Alejandro Toledo como resultado

[15] Enlistados de fojas 1751 y siguientes.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

de la licitación de la carretera Interoceánica Sur – Tramo 02 y Tramo 03'[16].

'b'. Informe pericial económico financiero contable N° 02-2017 – FSPEDCF-EE-MP-FN INTEROCEANICA SUR TRAMO 2 y 3 – IIRSA SUR[17].

'c'. Copia legalizada de la Junta General de Accionistas de CONIRSA, del 1 de junio de 2011[18].

'd'. Copia legalizada de la Junta General de Accionistas de Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A., del 1 de junio de 2011[19].

'e'. Copia legalizada de la Junta General de Accionistas de Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., del 1 de junio de 2011[20].

'f'. Informe de Price Waterhouse (PWC), sobre el tramo 2[21].

'g'. Informe de Price Waterhouse (PWC), sobre el tramo 3[22].

'h'. Declaración del testigo Luis Ulderico Horna Montoya, auditor de PWC, del 15 de agosto de 2017[23].

'i'. Declaración del testigo Percy Hernán Aparicio Ponce, auditor de PWC, del 15 de agosto de 2017[24].

'j'. Estados de cuenta de CONIRSA, tramo 2 y 3[25].

3.2.2. Estos mismos elementos de convicción sustentarían la prisión preventiva por el delito de Lavado de Activos[26], además de las utilidades, cuyo origen era de conocimiento de los recurrentes, de acuerdo con el desarrollo del juez de primera instancia.

3.2.3. Para poder sostener la configuración de la sospecha grave que sustente la prisión preventiva impuesta, se requiere que el pacto colusorio y sus resultados, además de los actos de conversión y transferencia que configurarían el Lavado de activos se encuentren acreditados en alto grado de probabilidad. Es más,

[16] De fojas 36 y siguientes. Especialmente a fojas 39 y 40.
[17] A fojas 42 y siguientes.
[18] De fojas 88 a 90.
[19] De fojas 92 a 94.
[20] De fojas 99 a 101.
[21] De fojas 128 a 150.
[22] De fojas 151 a 173.
[23] De fojas 174 y siguientes.
[24] De fojas 181 y siguientes.
[25] De fojas 230 y siguientes.
[26] Enlistadas de fojas 1765 en adelante.

EDITH ROSARIO SUSANÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

los indicios aportados deben reconstruir su existencia y la vinculación de cada investigado con los hechos imputados.

3.2.4. En el caso del delito de colusión, de acuerdo con la hipótesis del Ministerio Público (numeral 44 del requerimiento), se establece que los investigados:

'a'. Habrían concertado con el Expresidente Alejandro Toledo para que sus representadas sean favorecidas en el concurso para la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, tramos 2 y 3.

'b'. A cambio, se iba a realizar el pago de una millonaria comisión ilícita

'c'. Estos hechos ocurrieron entre los años 2004 y 2005.

3.2.5. En el texto del requerimiento de prisión preventiva, se da cuenta de lo siguiente:

'a'. Jorge Henrique Simões Barata se reunió con Toledo Manrique, en el Hotel Marriot de Río de Janeiro - Brasil. (Disposición Fiscal N° 8, a la que se remite el requerimiento).

'b'. Fue Jorge Henrique Simões Barata quien comunicó a los investigados la conversación sostenida con Toledo Manrique, con el objeto de verse favorecidos en el concurso de licitación a cambio de distribuir el costo de los pagos ilícitos que se le iban a entregar (numeral 47 del requerimiento).

'c'. Los investigados aceptaron la distribución del costo (numeral 48 del requerimiento).

3.2.6. En primera instancia se concluyó que la asunción de los costos que demandaban el pago de la comisión de veinte millones de dólares que soportarían tanto Odebrecht como sus consorciadas JJ Camet Ingenieros y Graña y Montero iban a ser trasladados al costo económico de la obra, constituyéndose el peligro potencial al patrimonio del Estado, necesario para la configuración del delito de Colusión simple.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

3.2.7. Este razonamiento sustenta uno de los cuestionamientos neurálgicos presentados por los abogados defensores: mediante la adecuación de los hechos a la norma (aplicación de la retroactividad benigna) se subsumieron los hechos en el tipo de Colusión Simple, y en consecuencia, se debió considerar la prescripción del delito materia de análisis.

3.2.8. Este razonamiento de los abogados defensores no es de recibo para el Colegiado, toda vez que en su requerimiento fiscal de prisión preventiva, el Ministerio Público sostuvo la imputación conforme al texto del artículo 384° del CP vigente al momento de la comisión de los hechos (2004-2005) –modificado por Ley N° 26713–, cuyo tipo penal describía un supuesto de hecho diferente a lo que hoy se conoce como colusión simple: mientras que el texto empleado por el Ministerio Público comprendía a la defraudación como un elemento objetivo del tipo, la colusión simple –prevista en la Ley N° 29758– señala a la defraudación como una finalidad.

Esta diferenciación es importante al incidir en la cantidad y calidad de la pena impuesta; por lo demás, la discusión acerca si el delito imputado es de peligro o lesión, o si ha prescrito o no, no es objeto de debate de la prisión preventiva.

3.2.9. Ahora bien, la conducta imputada en el sentido que *"[...] fue Jorge Henrique Simões Barata quien comunicó a los investigados la conversación sostenida con Toledo Manrique, con el objeto de verse favorecidos en el concurso de licitación a cambio de distribuir el costo de los pagos ilícitos que se le iban a entregar [...]"* constituye un hecho o conducta posterior a la fecha de reunión –noviembre del 2004– entre Jorge Henrique Simões Barata y Alejandro Toledo Manrique que tuvo lugar en el Hotel Marriot de Río de Janeiro – Brasil, fecha y lugar en que se habría consumado la

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

concertación, como concuerdan el Ministerio Público y los abogados defensores; esto es, primero tuvo lugar la reunión entre Alejandro Toledo Manrique y Simões Barata, quien en acto posterior habría comunicado a los recurrentes dicho acuerdo.

3.2.10. Ante lo planteado por el Juez de Primer instancia de la existencia del delito *de colusión por integración,* la defensa argumenta que no puede existir "cómplice de cómplice" o "no puede existir complicidad después la consumación del acto"; por su parte, el Ministerio Público señala que la colusión es un *"delito proceso"* o *"de tracto sucesivo"* o *"conjunto de actos"*.

3.2.11. Este Colegiado precisa lo siguiente:

'a'. La colusión se consuma con el acuerdo ilegal entre el funcionario público y el interesado; esto es, se trata de un delito de encuentro;

'b'. Pueden manifestarse conductas ilícitas luego de la consumación de delito de colusión, las que pueden configurar inclusive nuevos ilícitos penales, incluso el delito de colusión, en tanto puede manifestarse en cualquier etapa del proceso de licitación o concurso –delito proceso–. Para ello, se requiere que el supuesto de hecho sea distinto al inicialmente señalado, configurándose de este modo hechos ilícitos independientes –concurso real–.

'c'. No cabe señalar un segundo acto de un hecho ilícito ya consumado como parte del mismo, menos aún extender la responsabilidad inicialmente imputada a otros investigados, en tanto cada autor responde frente a la justicia penal por hechos ilícitos que haya cometido, conforme al art. VII del Título Preliminar del CP.

3.2.12. Respectivamente, el Ministerio Público –delito de tracto sucesivo– y el Juez de Primera Instancia –delito de colusión por integración– estructuran sus razonamientos sobre la base de la misma imputación fáctica con sus respectivas circunstancias ya

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
SECRETARIA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

delimitadas objetivamente: el encuentro –reunión de noviembre de 2004– entre Jorge Henrique Simões Barata y Alejandro Toledo Manrique, en el Hotel Marriot de Río de Janeiro – Brasil, fecha y lugar en que habría consumado el delito.

Sin embargo, no se delimitaron las circunstancias en que Jorge Henrique Simões Barata haya comunicado a los investigados ahora recurrentes la conversación que sostuvo con Toledo Manrique con el objeto de verse favorecidos en el concurso de licitación.

De constituir esta última afirmación un nuevo hecho ilícito, requeriría que la imputación sea desarrollada –reconstruida históricamente– con las circunstancias objetivas y subjetivas exigibles para verificar inicialmente su configuración y por ende su existencia, lo que no se verifica debido a la defectuosa imputación fáctica propuesta.

3.2.13. En el presente caso, no es de recibo la figura del delito de *colusión mediante integración* –como señala la recurrida–, toda vez que ello no se armoniza con el principio de legalidad penal.

Si la imputación señalada por el Ministerio Público con relación a los recurrentes no desarrolla una propuesta fáctica con relevancia penal, no se puede verificar la existencia de una conducta penalmente relevante en este momento.

3.3. *ANÁLISIS DE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.-*

3.3.1. Por otra parte, sobre el delito de Lavado de Activos, la imputación fiscal indica que los investigados:

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

'a'. Habrían realizado una cesión anómala de utilidades de las cuentas de las empresas asociadas a la de Odebrecht (numeral 63).

'b'. El acto de transferencia se concretó con el mecanismo de 'riesgos adicionales' y/o 'mayores riesgos' cuya aplicación no corresponde a una adecuada actividad empresarial (numerales 64 y 65).

'c'. Las utilidades obtenidas por las empresas asociadas se produjeron como efecto de un pacto ilícito y pago de comisiones indebidas, y los actos que disponen de ellas (la cesión a Odebrecht) constituye el delito.

'd'. Los actos de conversión se concretan en el otorgar apariencia de legalidad a estos pagos, a través de los denominados 'riesgos adicionales' y/o 'mayores riesgos' (numeral 68).

'e'. Estos hechos ocurrieron en el año 2011, en las juntas de accionistas ocurridas en los meses de junio y julio.

3.3.2. En primera instancia se dio por acreditado[27] que el delito precedente sería el de colusión, ello en grado de sospecha grave. En esa línea, afirmó que todas las utilidades obtenidas serían parte del delito de Lavado de activos.

Empero, esta Sala concluyó en el apartado anterior[28] que existió una deficiente construcción del delito de colusión con relación a los investigados ahora recurrentes por parte del Ministerio Público, lo que no permite inferir ni mucho menos afirmar que la actividad ilícita generadora de activos ilícitos –léase 'ganancias'– sea el delito de colusión.

3.3.3. Otro de los cuestionamientos se dirige a los actos de corroboración realizados por el juez de instancia sobre la declaración de Jorge Henrique Simões Barata.

[27] A fojas 1764.
[28] Ítems 3.2.12 y 3.2.13.

JOSÉ ROSARIO SUÁREZ PONCE
JUEZ DE LA SALA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

Al respecto, el magistrado ha empleado para estos efectos diferentes elementos de convicción aportados por el Ministerio Público en su requerimiento de prisión preventiva, tales como las actas de las Juntas Generales de Accionistas y la pericia.

3.3.4. Ahora bien, los elementos de convicción aportados por el Ministerio Público para sustentar su requerimiento de prisión preventiva han sido acopiados en el procedimiento de colaboración eficaz aún en trámite, donde no es posible la participación defensiva de los hoy recurrentes.

Ello es así debido a la naturaleza del procedimiento y por disposición expresa de la ley, en tanto el objeto de corroboración es la *'información de Calidad'* que brinda el aspirante a colaborador eficaz con relación a hechos ilícitos, participantes, medios e instrumentos y efectos de delito[29].

En consecuencia, en el acopio de elementos de convicción no se manifiesta una contradicción mínima, en tanto son actos unilaterales del Ministerio Público que buscan comprobar la información brindada por el colaborador[30].

3.3.5. Respecto de los elementos de convicción derivados del procedimiento de colaboración eficaz, es legal que los mismos puedan sostener probatoriamente una prisión preventiva; para ello, su intensidad imputativa debe ser manifiesta, diáfana y contundente, en tanto recién ingresa al conocimiento de los imputados al requerirse la prisión preventiva, y que éstos no tuvieron la oportunidad de contradecir lo acopiado en la colaboración eficaz.

[29] Artículo 472° y siguientes del Código Procesal Penal
[30] Artículo 475°.2 del CPP

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

Así, se tiene que en las declaraciones testimoniales no intervienen los abogados defensores de los imputados, y en el caso de la pericia no se cumplen a cabalidad las formalidades exigidas en el proceso común[31].

3.3.6. Sobre el empleo de los términos *'riesgos adicionales'* y *'mayores riesgos'*, presuntamente empleados como justificación de las transferencias realizadas a Odebrecht desde las cuentas de las empresas asociadas como consta en las actas de las Juntas Generales de Accionistas sostenidas en el año 2011, el juzgado concluyó –apoyándose en las declaraciones de los auditores de PWC– que se trataban de conceptos extraños a las normas de contabilidad, lo que sostiene la tesis de haber sido empleados como solo ropaje jurídico que justifique la cesión de utilidades a Odebrecht.

Sin embargo, de sus respectivas declaraciones[32], los auditores señalaron no haber mencionado ninguna salvedad y que el dictamen emitido es uno estándar, por lo que no habrían encontrado desviación alguna de la aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados en el país.

3.3.7. Considerando lo ya expuesto, por el momento no se ha acreditado en alta probabilidad la existencia (en estos específicos casos) del delito de Lavado de Activos en sus modalidades de conversión y transferencia.

En consecuencia, no es razonable afirmar la convergencia de sospecha grave de la vinculación directa de los recurrentes con los hechos ilícitos imputados.

[31] Artículo 172° y siguientes del CPP.
[32] Véase la declaración de fojas 174 y siguientes, especialmente las preguntas 8, 9, 11, 12 16 y 17; y la declaración de fojas 181 y siguientes, en específico las preguntas 8, 9, 11, 12. 13, 15, 16 y 17.

EDITH ROSARIO SUASNABAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

3.4. *SOBRE EL PELIGRO PROCESAL QUE SUSTENTÓ LA PRISIÓN PREVENTIVA.-*

3.4.1. El ítem quinto de la resolución recurrida[33] sustentó el peligro procesal con relación a los recurrentes en forma conjunta y con particularidad en el rubro *'magnitud del daño causado'*, señalando lo siguiente:

'a'. Existe arraigo, pero no es de calidad e intensidad plena.
'b'. Gravedad de la pena, que será mayor a los 4 años.
'c'. A la magnitud de los daños causados: Colusión y Lavado de activos en los casos de Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibós; y solo Lavado de activos en el caso de Gonzalo Ferraro Rey.
'd'. La vinculación con una organización criminal, concretamente la 'empresa criminal denominada Odebrecht'.
'e'. Obstaculización a la actividad probatoria.

3.4.2. Cierto es que la gravedad de la pena (Lavado de Activos, de 8 a 15 años) podría subsistir desde una opción aritmética entre el extremo mínimo y máximo en que oscila el razonamiento del Juez de Primera Instancia, resultando posible afirmar la existencia de la prognosis requerida; sin embargo, desde la intensidad acreditativa de la imputación, la misma deviene en condicionada a otros supuestos de peligro procesal.

3.4.3. El juzgado de primera instancia ha reconocido el arraigo de los imputados[34], más ha pretendido desvirtuarlo porque no sería de calidad e intensidad plena, sin dar mayor explicación que la sustente.

Para el Colegiado, un arraigo de calidad con relación a las personas y cosas, es aquel que no admite un cuestionamiento formal de los documentos acreditativos o materiales de aquello

[33] De fojas 1785 y siguientes.
[34] Fundamento jurídico 5.1. de la resolución recurrida.

EDITH ROSA BIGUSPASSÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

que se afirma o demuestra, es decir, el arraigo de calidad por su intensidad acreditativa debe desincentivar el peligro de fuga.

Afirmar que la actividad económica de los recurrentes y la consecuente facilidad de salir del país que tienen son suficientes para presumir una posible fuga, no resulta razonable, sin haber evaluado en conjunto este y los demás presupuestos del peligro procesal, en especial, el peligro de obstaculización. Sustentar el peligro de fuga solo en la actividad y poder económico de los investigados en sí mismo no resulta ser un indicador fundado del mismo, por el contrario, resultaría una afirmación temeraria, estigmatizante e incluso discriminatoria.

3.4.4. La argumentación referida a la vinculación de los investigados con una organización criminal no es de recibo por este Colegiado, toda vez que el propio magistrado de primera instancia reconoce que no son integrantes de la presunta organización criminal, sino que solo se vinculan a ella a través de sus actividades[35].

Además, el CPP es claro en señalar que el imputado debe pertenecer a una organización criminal[36], por lo que la sola afirmación de la vinculación con la misma no resulta suficiente para sustentar una medida coercitiva personal de esta naturaleza. Es más, desde la imputación fáctica no se puede vislumbrar una configuración material de una organización criminal medianamente acabada, así como no existe una imputación formal contra alguno de los actuales investigados ni de los primigenios investigados que permita verificar el rol asumido por cada uno de los investigados en la misma, así

[35] Revisar ítem 5.4 literal "c)" de la resolución recurrida.
[36] Art. 269°.5.

EDITH ROSARIO SUASNABAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

también las potencialidades de los miembros de la organización y de la propia organización criminal.

3.4.5. Finalmente, la obstaculización a la actividad probatoria alegada por el Juzgado de Investigación Preparatoria no resulta razonable al sustentarse en la presentación de documentos por la defensa[37]. Para esta Sala, estimar tal aseveración implicaría la negación del derecho a la defensa y a la prueba que tiene todo imputado.

En el caso bajo análisis no se contarían con datos objetivos mínimos que permitan afirmar que la conducta de los investigados en relación con las fuentes de prueba sea obstruccionista; es más, estos no han tenido participación directa ni indirecta en el proceso de colaboración eficaz, ya que por mandato legal no les es permitido.

3.4.6. Por último, se debe tener en cuenta que los presupuestos de la prisión preventiva deben ser postulados a cabalidad por el Ministerio Público, dentro de ellos –si así lo considera– el peligro de obstaculización. De esta forma, el Juez de Garantías no puede introducir un supuesto que no ha sido invocado por el Ministerio Público, ya que hacerlo sería sustituirlo en su rol de parte; sin embargo, ello aconteció en el presente caso[38].

3.5. En mérito a lo expuesto, no es posible acreditar plenamente la configuración del peligro procesal de parte de los investigados Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibós y Gonzalo Ferraro Rey.

EDITH ROMARIO SUASNABAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

[37] Fundamento 5.5. de auto de prisión preventiva recurrido.
[38] Considerando 5.5 párrafo segundo de la recurrida.

3.6. El Colegiado superior, dentro de los límites objetivos y subjetivos –principio de limitación de las apelaciones– señalados por las defensas ha dado respuesta a los agravios y ha fundamentado su decisión en temas centrales con relación a la prisión preventiva –principio de correlación–.

3.7. En consecuencia, en el caso concreto no concurren copulativamente todos los presupuestos de la prisión preventiva impuesta contra los investigados Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibós y Gonzalo Ferraro Rey, por lo que corresponde la revocatoria de la resolución impugnada y la imposición de comparecencia simple a los mencionados recurrentes, en mérito a lo señalado en el artículo 286°.2 del CPP.

Por estas consideraciones, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, por mayoría, y con el voto discordante de la Juez Superior Condori Fernández, **RESUELVE:**

I. **REVOCAR** la Resolución judicial N° 02, de fecha cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, en el extremo que declaró **FUNDADO** el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el Ministerio Público por el plazo de 18 meses contra Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibós; y declaró **INFUNDADO** el requerimiento de prisión preventiva solicitado e impuso arresto domiciliario por el plazo de 18 meses contra Gonzalo Ferraro Rey, con motivo de la investigación que se les sigue por la presunta comisión del delito de Colusión y otro, en agravio del Estado; en consecuencia, **REFORMÁNDOLA** se declara **INFUNDADO** el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el Ministerio Público contra los investigados

EDITH ROSARIO SEGOVIA CHAMPONCE
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibós y Gonzalo Ferraro Rey, a quienes se les impone **COMPARECENCIA SIMPLE**, con motivo de la investigación que se les sigue por la presunta comisión de los delitos de Lavado de Activos y otro, en agravio del Estado;

II. **DISPONER,** la libertad de los referidos investigados, siempre que no exista algún mandato de prisión preventiva y/o detención en su contra dictado por autoridad competente; oficiándose a quien corresponda para tales efectos.

III. **NOTIFÍQUESE** y **DEVUÉLVASE.**

Ss.

TORRE MUÑOZ

CARCAUSTO CALLA.

EDITH ROSARIO SAAVEDRA PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

SALA PENAL NACIONAL

EXP. N° 00016-2017-74-5001-JR-PE-01

VOTO DE LA MAGISTRADA CONDORI FERNÁNDEZ SOBRE LA APELACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA

Lima, 19 de enero de 2018.

La suscrita discrepo del voto en mayoría que efectuaron respecto a las apelaciones realizadas contra la resolución N° 2[1] por las defensas técnicas de los procesados Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibós y Gonzalo Ferraro Rey, que declara infundada la medida de prisión preventiva y de arresto domiciliario (respecto del último) revocándola imponen comparecencia simple.

Los fundamentos que sostienen mi posición son los siguientes.

PRIMERO.- Respecto a la imputación de los delitos de Colusión y Lavado de Activos.

1.1. El Ministerio Público imputó a los procesados Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibós, en su condición de Directores de las empresas JJC Contratistas Generales S.A. e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A., respectivamente, haber defraudado al Estado concertándose con Alejandro Toledo Manrique, para que sus representadas, integrantes de consorcios participantes en el concurso para la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, tramos 2 y 3 sean favorecidas, a cambio del pago de una millonaria comisión ilícita, hechos ocurridos entre los años 2004 y 2005. Por estos eventos les consideró cómplices primarios del delito de Colusión.

1.2. Asimismo, atribuyó a los procesados Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibós y Gonzalo Ferraro Rey, la presunta comisión del delito de Lavado de Activos en calidad de autores, pues habrían realizado actos de conversión al transferir utilidades de las empresas que representaban –bajo una apariencia de legalidad- a la empresa

[1] Véase fojas 1735 a 1797.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

asociada Odebrecht, en tanto los activos mencionados –utilidades- habrían sido insertados en el circuito económico, con conocimiento pleno de los investigados y con el fin de evitar la identificación del origen ilícito de aquellos capitales –el delito de colusión-.

1.3. Sobre las imputaciones reseñadas, en lo que concierne al delito de Colusión, se ha precisado en el Voto en Mayoría, que de acuerdo a los hechos descritos como imputación, esto es, la reunión que habrían sostenido Alejandro Toledo Manrique y Jorge Henrique Simões Barata en el Hotel Marriot de Río de Janeiro – Brasil en noviembre de 2004 –acto colusorio-, no se habría delimitado las circunstancias en que este último se habría comunicado con los ahora recurrentes con el objeto de favorecerlos en el concurso de licitación. Lo cual, de constituir un nuevo hecho ilícito, requeriría de una imputación desarrollada, con las circunstancias objetivas y subjetivas exigibles para verificar inicialmente su configuración y por ende su existencia, lo que no se podría verificar debido a la defectuosa imputación fáctica propuesta.

1.4. Luego, cuando se realiza el análisis de los elementos de convicción del delito de Lavado de Activos, se señala que al existir una deficiente construcción del delito de colusión por parte del Ministerio Público con relación a los investigados ahora recurrentes, no se puede inferir ni mucho menos afirmar que la actividad ilícita generadora de activos ilícitos –léase ganancias- sea el delito de colusión.

1.5. Sobre el particular, debo precisar que no comparto la fundamentación vertida, en tanto considero que las imputaciones de cada delito son independientes[2], lo cual en el presente caso se expresa en la subsistencia plena de los cargos del delito de Lavado de Activos para los ahora recurrentes a pesar de que exista una deficiente construcción de la imputación del delito de Colusión, pues si bien es cierto, se ha planteado que este último ilícito sería el delito fuente del Lavado de Activos, esto no involucra que su deficiente imputación elimine la posibilidad de que las utilidades antes mencionadas –véase párrafo 1.2 de la presente resolución- tengan la condición de ilícitas, en tanto que estas provendrían de un negocio y/o proyecto de inversión originado en un altamente probable acto colusorio entre Alejandro Toledo

[2] Ya se ha precisado en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 del 11 de octubre de 2017, que el delito de Lavado de Activos tiene una declarada autonomía respecto del delito fuente –véase fundamento jurídico N° 12-, por lo que la validez de una imputación sobre este delito, en atención a lo señalado, no podría estar sujeta a una delimitación exhaustiva del delito fuente.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

Manrique y Jorge Henrique Simões Barata en el hotel Marriot de Río de Janeiro – Brasil, en noviembre del año 2004.

1.6. En ese sentido, considero que no se puede exigir para otorgar validez a la imputación del delito de Lavado de Activos, que los ahora recurrentes hayan sido parte o no del delito fuente –téngase o no que reconstruir el hecho histórico con referencia al tipo penal de Colusión, que por lo demás, es una decisión que su momento deberá tomar el Ministerio Público-, pues ni la configuración descriptiva ni normativa de este ilícito penal exige que una persona a quien se le atribuya la condición de autor, tenga que haber participado en la comisión del delito fuente que la precede.

SEGUNDO.- Sobre los fundados y graves elementos de convicción del delito de Lavado de Activos.

2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.- Ya centrándome en lo que se refiere a la configuración del primer presupuesto que habilita la prisión preventiva, esto es, la apariencia delictiva –*fumus comissi delicti*-, específicamente en lo concerniente al delito de Lavado de Activos, se ha señalado que los elementos de convicción propuestos por el Ministerio Público provendrían de un cuaderno de colaboración eficaz, por lo que debido a la naturaleza del indicado procedimiento, se tiene que en el acopio de los indicados elementos de convicción propuestos no se manifiesta una contradicción mínima, en tanto son actos unilaterales del Ministerio Público que buscan comprobar la información brindada por el colaborador.

2.2. Considero al respecto que tanto la declaración del aspirante a colaborador eficaz así como los actos de corroboración de la indicada declaración tienen, en abstracto, la suficiente aptitud probatoria para sostener un requerimiento de prisión preventiva, pues de no ser esto así, no tendría sentido la regulación planteada en el artículo 481°-A del Código Procesal Penal, articulado que justamente reconoce esta posibilidad bajo el siguiente enunciado:

> "Artículo 481°-A del Código Procesal Penal.-
> 1. Los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz.
> 2. La declaración del colaborador también podrá ser empleada para dichos efectos, en

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
JUEZA SUPREMA
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

cuyo caso se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación. En estos casos, deberá acompañarse de otros elementos de convicción, rigiendo el numeral 2 del artículo 158."

Será de cada caso en concreto analizar, si las circunstancias específicas que se propone a partir de los elementos de convicción aportados, permiten establecer una apariencia delictiva en un estándar probatorio de "sospecha grave".

2.3. Lo dicho encuentra respaldo a nivel jurídico por la Ponencia presentada en el Primer Pleno Jurisdiccional de esta Sala Penal Nacional por el Juez Supremo SAN MARTÍN CASTRO –de fecha 5 diciembre de 2017–, quien al exponer sobre la "Eficacia de los elementos de convicción en el proceso por Colaboración Eficaz", sostuvo que para sostener a nivel probatorio un requerimiento de prisión preventiva, es posible utilizar la declaración del colaborador –si la ofrece el Fiscal– en los supuestos de procesos por colaboración eficaz conclusos favorablemente al colaborador o en trámite, nunca cuando concluyó desfavorablemente –fundamento § II, segundo párrafo–. De otro lado, en cuanto a los elementos de corroboración, comentando el artículo 481°-A del Código Procesal Penal, se señaló que solo podrían ser utilizados en tanto se utilicen para determinados requerimientos vinculados a las medidas de coerción y a los actos de búsqueda de pruebas y restricción de derechos –lo que se cumple en el presente caso–. Siendo que las declaraciones del aspirante a colaborador y los demás medios de investigación y/o de pruebas no se pueden utilizar para dictar sentencias u otras resoluciones intermedias –fundamento § 9, tercer párrafo–.

2.4. ANÁLISIS DE LOS GRAVES Y FUNDADOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN.- Ahora bien, es del caso analizar si este presupuesto se cumple. En principio, debe precisarse que la evaluación probatoria –para el presente caso– a nivel de "sospecha grave" que surge a propósito del requerimiento de prisión preventiva, debe tener en cuenta inexorablemente los aspectos que le son propios a la realidad criminal que expresa cada tipo penal imputado. En esta lógica, es claro que en los delitos de corrupción de funcionarios, y en específico, en el delito de Colusión, no es común que en la práctica judicial –lo cual no niega la posibilidad que sí pueda darse–, por ejemplo, existan testigos directos que den cuenta del mencionado suceso delictivo o consten registros video-gráficos del mismo. Normalmente la construcción de la probanza de estos eventos, se da a partir de indicios obtenidos de los rastros contables que este tipo de defraudaciones deja. A nivel de la tipicidad subjetiva, el conocimiento de dichas actuaciones

EDITH ROSARIO SUCASAIRE PONCE
Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

delictivas, no se prueban en un sentido ontológico, sino que se imputan a partir de la determinación de riesgos y la asunción de roles de cada persona implicada. Y en esa misma lógica, la acreditación en un alto grado de probabilidad de la comisión del delito de Lavado de Activos, que plantee como delito fuente un ilícito de corrupción, tendrá también un similar análisis probatorio.

2.5. Ahora bien, a partir de lo expuesto, no es lógico exigir que en este tipo de delitos, para que un evento delictivo pueda vincularse bajo una "sospecha grave" a una determinada persona, se tenga que presentar el tipo de elementos de convicción antes reseñados –testigos directos, pruebas documentadas video-gráficas, etc.-, sino que el análisis deberá estar enfocado en la fuerza acreditativa –se insiste, en este estadio de "sospecha grave"- que presentan los indicios propuestos. Así, ya analizando los elementos de convicción que han servido para fundamentar el requerimiento de prisión preventiva, se tiene que obra en autos la transcripción de la declaración del solicitante a colaborador eficaz N° 004-2016 en la que da cuenta de un acuerdo colusorio que tuvo éste con el ex presidente Alejandro Toledo Manrique para favorecer a determinadas empresas consorciadas con la licitación de la "Carretera Interoceánica Sur – Tramo 02 y 03" a cambio de un soborno que debía de pagarse al ex presidente.

2.6. Se señaló además –véase preguntas 13 y 14 de la indicada transcripción-[3] que respecto al acuerdo ilícito y los pagos realizados a Alejandro Toledo Manrique –a propósito del Proyecto Interoceánica, Tramos 2 y 3- las empresas consorciadas tenían conocimiento del acuerdo. Sabían además que el pago se había efectuado a través de Odebrecht y que estas tenían que asumir lo que les correspondería. Precisó además que los representantes de las empresas consorciadas con las que se abordó el tema del pago ilícito a cambio de acceder a la buena pro en la licitación, fueron Fernando Castillo –dueño de IICSA-, Fernando Camet –por la empresa JJC- y José Graña Miroquesada –por Graña y Montero-.

2.7. Para quien suscribe el presente voto, lo indicado por el citado aspirante a colaborador eficaz se corrobora con lo señalado por **i)** Actas de Junta General de Accionistas de las empresas Consorcio Interoceánica Sur Tramo 2 S.A., Consorcio Interoceánica Sur Tramo 3

[3] Véase fojas 39 y 2226 a 2230.

EDITH ROSARIO SPASNÁDAR PONCE
Primera Sala de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

S.A., y CONIRSA S.A., de fecha 1 de junio de 2011[4]; y **ii)** el Informe Pericial Económico – Financiero – Contable Nro. 02-2017FSPEDCF-EE-MP-FN Interoceánica Sur Tramo 2 y 3 – Irsa Sur[5], pues a partir de ambos documentos se pueden establecer rastros contables que darían cuenta de la imputación efectuada por Lavado de Activos.

2.8. Así respecto al Acta de Junta General de Accionistas mencionada, se tiene que en este documento se da cuenta de una reunión que existe entre los representantes de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. –Jorge Henrique Simões Barata–, GyM S.A.; JJC Contratistas Generales S.A., e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A., por la cual, a propuesta del accionista de Odebrecht, esto es, Jorge Henrique Simões Barata –quien había sido nombrado Presidente de la indicada Junta–, se aprobó que la última empresa mencionada –esto es Odebrecht– reciba un mayor porcentaje de las utilidades distribuibles, pues había asumido **"riesgos adicionales"** por la ejecución de las Obras de Construcción encargadas a la indicada Sociedad. No se mencionó cuáles serían dichos riesgos adicionales.

2.9. Este concepto de **"riesgos adicionales"**, según las conclusiones del Informe Pericial presentado, desde una perspectiva económica, financiera y contable, no correspondería a una adecuada aplicación en la actividad empresarial, ya que no se ha generado para ello los documentos sustentatorios, ni la trazabilidad correspondiente. Se explica en el citado documento, que dentro del marco del desarrollo de la actividad contable, tal término no existe, sin embargo, lo que sí se evidencia en la Norma Internacional de Contabilidad NIC 37 es el término "riesgo e incertidumbres". Se exige a partir de la indicada normatividad internacional, que tales "riesgos e incertidumbres" deben ser prevenidos en toda clase de actividades económicas, de tal forma que se puedan realizar las respectivas provisiones contables, afectando los resultados acumulados al final de cada ejercicio.

2.10. A partir de ello se concluye la idea señalando, que las empresas consorciadas, debieron haber efectuado el registro de la provisión contable correspondiente, respecto al concepto "riesgos adicionales" de manera proporcional durante los ejercicios 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, identificando y sustentando con documentación fehaciente los gastos y costos que dieron origen al concepto de **"riesgos adicionales"**, así como los importes, lo cual no ocurrió.

[4] Véase fojas 88 a 90 y 92 a 94.
[5] Véase fojas 42.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

2.11. Así las cosas, desde mi consideración, existe una alta probabilidad –"sospecha grave"- de que bajo el indicado concepto de **"riesgos adicionales"** se generara un espacio contable con el cual se pretendiera lavar en parte el dinero que fue utilizado para efectuar el pago ilícito de sobornos al ex presidente Alejandro Toledo Manrique, por las siguientes razones:

a. En principio se cuenta con la versión del aspirante a colaborador eficaz quien señala que las empresas consorciadas tenían pleno conocimiento del acuerdo ilícito celebrado para verse favorecidos con la concesión de la buena pro por parte del ex presidente Alejandro Toledo Manrique respecto del Proyecto Interoceánica, Tramos 2 y 3, a quien se le habría pagado un soborno a través de la empresa Odebrecht, siendo que las otras empresas deberían asumir –entiéndase pagar- la parte del soborno que les correspondiera.

b. La creación del concepto contable **"riesgos adicionales"** a propuesta del accionista de la empresa Odebrecht Jorge Henrique Simões Barata, para que se le traspasará a su empresa utilidades en mayor proporción, no resiste un análisis contable, pues no fue sustentada por documentos, ni existe la trazabilidad correspondiente que permita evaluarla; esto es, habría sido un espacio en blanco dentro de la contabilidad realizada que se generó a propuesta del accionista de la empresa Odebrecht Jorge Henrique Simões Barata. Además, debe destacarse que el Acta en la cual se consigna este Acuerdo, fue adherido al Libro de Actas con posterioridad al acta de fecha 13 de junio de 2011 –conforme consta en la anotación marginal en la parte superior del Acta, véase fojas 88-, hecho que fue advertido por el Ministerio Público como un acto no común pues habría sido realizado 4 meses después de su realización, afirmación que no fue contradicha por las defensa de las procesados.

c. Respecto al citado concepto contable de **"riesgos adicionales"**, las empresas consorciadas no hicieron alguna anotación o precisión en el Acta antes mencionada, a pesar de la peculiaridad de dicha medida, pues si bien es cierto, es posible en virtud del principio de "libertad contractual" que las empresas puedan decidir la forma de cómo repartir sus utilidades, es notorio que las empresas consorciadas que traspasaron dichas utilidades sin conocer qué debía entenderse por tales "riesgos adicionales", tuvieron un menoscabo económico, lo cual contradice determinadas

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

máximas de experiencia que expresa un sistema económico de mercado, pues en este ámbito, los agentes económicos actúan bajo una lógica de búsqueda de beneficios y no de perjuicios. Así, quien asume mayores riesgos en una inversión, gana más utilidades en proporción a los riesgos asumidos, lo cual es lógico a partir de las estructuras de participación que tienen las empresas en un consorcio, sin embargo, es extraño que a pesar de este razonamiento, se haya cedido aun más utilidades bajo un concepto "extraño", superando la proporción establecida a favor de una empresa, la que en el presente caso, habría sido la encargada de realizar el pago ilícito al ex presidente Alejandro Toledo Manrique.

d. No se puede dar mérito de descargo a las declaraciones de los auditores Félix Uldarico Horna Montoya[6], ni Percy Hernán Aparicio Ponce[7], pues el primero de los mencionados señala que la distribución de resultado –reparto de utilidades- de las empresas consorciadas es parte de la potestad de libertad contractual que poseen –véase pregunta 18- lo cual dentro de mi consideración es correcto, sin embargo, no analiza el sustento de dicho reparto diferenciado de utilidades, el cual es el concepto "riesgos adicionales"; mientras que el segundo de los citados señaló que no tuvo conocimiento acerca de las diferencia existente entre la estructura de participación de las empresas en el consorcio y la estructura de distribución de utilidades –véase pregunta 16-. Por lo que, si bien es cierto que ambos auditores señalaron que, por un lado, hubo "razonabilidad de los estados financieros" –véase pregunta 11 de la declaración de Félix Uldarico Horna Montoya- y el otro "que no había ninguna información particular que resaltar en su rol de auditor" –véase pregunta 11 de la declaración de Percy Hernán Aparicio Ponce-; ninguno de los dos ahondó por las limitaciones explicadas, en el análisis del concepto "riesgos adicionales".

e. El nivel de "sospecha grave" requerido para determinar la configuración del primer presupuesto de una prisión preventiva en el presente caso se cumple, no en virtud de la cantidad de elementos de convicción aportados o su calidad individual, sino por la concatenación y congruencia que existen entre todos ellos, esto es, la solidez que manifiestan a partir de su análisis en conjunto.

[6] Véase fojas 175 a 180.
[7] Véase fojas 182 a 186.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

2.12. Una última precisión en el presente caso, se refiere al caso del procesado Gonzalo Ferraro Rey, pues según la sindicación efectuada por el aspirante a Colaborador Eficaz tantas veces mencionado, el indicado procesado no es señalado como conocedor de los acuerdos ilícitos a los que habría llegado el citado aspirante a colaborador con el ex presidente Alejandro Toledo Manrique, sino este alude que se abordó el tema de los pagos ilícitos con Fernando Castillo, Fernando Camet y José Graña Miroquesada; empero se aprecia de autos, que éste participó en las Juntas Generales de accionistas de fecha uno de junio de dos mil once de la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 y 3 donde se decidieron una distribución diferente a la que correspondía al porcentaje de participación en la sociedad, bajo el concepto de "riesgos adicionales" lo cual conforme se señalara en ítems anteriores, no correspondería a una operación regular; por lo que dentro de este contexto, pudo presumir que tales ganancias provendrían de una actividad ilícita.

TERCERO.- Respecto al peligro procesal.

3.1. En lo concerniente al presupuesto procesal de peligro procesal, considero que este sí se configura en los casos de los procesados Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibos y Gonzalo Ferraro Rey por las siguientes dos consideraciones:

a. La pena privativa de libertad que plantea el delito de Lavado de Activos, propone una conminación no menor de ocho años, lo cual en consideración del inciso 2 del artículo 269° del Código Procesal Penal, evidencia la posibilidad de peligro de fuga. Según la Circular sobre Prisión Preventiva N° 325-2011-P-PJ –fundamento tercero, tercer párrafo- el factor temporal, en orden a las razones justificativas de la restricción de la libertad personal, adquiere singular relevancia. Así, en la fase inicial del proceso –en el presente caso, la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria para los procesados es de reciente data- la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde apreciando únicamente el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede colegirse los riesgos de fuga y/o entorpecimiento.

b. Es evidente que con el transcurso del tiempo, las exigencias son más intensas para el control del peligro procesal, pues han de valorarse de forma más individualizada las

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

circunstancias personales del imputado y los del caso concreto que se hayan conocido durante el proceso. Sin embargo, por el estadio procesal en el que nos encontramos, en atención además de la envergadura de los posibles daños producidos por la actividad del delito de Lavado de Activos imputado –artículo 269°. 3 del Código Procesal Penal-, el peligro de fuga se encuentra justificado.

c. Asimismo, suma al pronóstico de peligro de fuga, determinadas condiciones objetivas observables en ambos imputados, básicamente a partir de la capacidad económica que poseen, ya que tal circunstancia, desde una perspectiva descriptiva evidencia un plus adicional en las posibilidades de concretizar un posible ocultamiento.

d. El arraigo demostrado por los procesados –condiciones específicas de una persona que lo vinculan y establecen a un determinado lugar-, definitivamente se relativiza, si se atiende al registro migratorio que presentan los procesados. Este es un dato objetivo, que permite evidenciar la facilidad de romper el vínculo a un determinado lugar.

3.3. Empero, también en relación al procesado Ferraro Rey según informe médico de la Clínica Angloamericana presentaría Carcinoma Epidermoide de alta agresividad metastásico de origen no determinado y según estudio con Pet Scan a cuerpo entero se determinó un área de alta función metabólica correspondiente a neoplasia maligna originada en la amigdala derecha, la cual requiere de urgentes tratamiento combinados de cirugía para la disección radical de las cadenas cervicales derecha y posteriormente tratamiento con radioterapia; situación que resulta razonable para la imposición de la medida de detención domiciliaria, prevista en el artículo 290 literal b) del CPP; por lo que debe confirmarse dicha medida impuesta por el A Quo.

Por estos fundamentos, mi **VOTO** es por:

I. **CONFIRMAR** la resolución N° 2[8] del 4 de diciembre de 2017, en el extremo que resuelve declarar **FUNDADO** el requerimiento de prisión preventiva contra los imputados Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibos, por el plazo de 18 meses, en la investigación que se les sigue por la presunta comisión del delito de Lavado de Activos y otro, en agravio del Estado.

[8] Véase fojas 1735 a 1797.

EDITH ROSARIO SUASNÁBAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

II. **CONFIRMAR** la misma resolución en el extremo que declaró **INFUNDADO** el requerimiento de prisión preventiva solicitado e impuso arresto domiciliario por el plazo de 18 meses contra Gonzalo Ferraro Rey, solicitado por el Ministerio Público, con motivo de la investigación que se le sigue por la presunta comisión del delito de Lavado de Activos, en agravio del Estado. **Notifíquese y devuélvase.-**

CONDORI FERNANDEZ
Juez Superior

EDITH ROSARIO SUASNABAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional