

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL**

**M.L. 040 – 2009 – “B”**

**S.S. VILLA BONILLA  
TELLO DE ÑECCO  
PIEDRA ROJAS**

**Resolución N°18**

Lima, diecisiete de julio  
del dos mil nueve.-

**AUTOS y VISTOS:** Interviniendo como ponente la Jueza Superior señora Tello de Ñecco, estando a lo dispuesto en el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, **ATENDIENDO: PRIMERO.-** **Que**, concedido por resolución de fecha cinco de junio de dos mil nueve (que en copia obra a foja 57) el recurso de Apelación interpuesto por **PETROCENTRO YULIA SAC**, representada por Julia Orihuela Cruz vda. de Espinoza, es objeto de examen la resolución de fecha dieciséis de abril de dos mil nueve, (obrante de fojas 26 a 28), mediante la cual se **amplió el plazo de la medida limitativa –incautación hasta por setenta días** con respecto de las entidades comerciales allí indicadas; en la **investigación que se sigue contra Luis Arnaldo Henríquez Palacios** y los que resulten responsables por delito contra la Administración Pública – peculado - colusión desleal - negociación incompatible y otros, en agravio del Estado Peruano (irregularidades denunciadas en el abastecimiento de combustible a la Policía Nacional del Perú). La impugnante fundamenta el recurso en que una medida limitativa de derechos en la modalidad de incautación es una *“medida preventiva, provisional que no puede sustituir a la instrucción ni vulnerar el debido proceso ni las garantías constitucionales de la parte afectada”*; que *“prolongar esta medida, buscando sustituir las limitaciones logísticas del Ministerio Público, en perjuicio del intervenido, es trastocar el valor de la medida, su carácter procesal provisorio al proceso (...) eso prueba que la intervención, que la incautación, no fue selectiva sino excesiva”*; que el artículo 3° de la Ley N° 27379 limita la duración de la retención de lo incautado a quince días, prorrogables por un plazo igual; que la impugnada ha tergiversado el plazo legal al aplicar el plazo de noventa días previsto para otras medidas, *“y eso es ilegal, arbitrario e inconstitucional. Eso es desvirtuar el criterio de proporcionalidad y desnaturalizar el texto expreso de la Ley”*; que, por razones laborales y contables, tiene necesidad de la documentación incautada; que se les está perjudicando económicamente; que

si el Ministerio Público no cumple con las medidas en el plazo que se le concede, no es responsabilidad de la impugnante; que, jurídicamente, “se estaría vulnerando [sus] derechos, el principio de inocencia”; que “es un principio jurídico procesal que las medidas coercitivas sólo pueden ser temporales y se rigen por el principio de literalidad y de una interpretación restrictiva en el sentido más favorable al reo, inculpado o procesado. De manera tal que vencido el plazo sin haberse realizado las diligencias por razones propias del Ministerio Público sólo procede la prórroga por quince días más”. Con otros términos, los mismos argumentos fueron expresados en escrito de ampliación de fundamentos del recurso que obra de fojas 34 y siguiente. **SEGUNDO.-** Que, el inciso 7 del artículo 2° de la Ley N° 27379 –Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares (modificado por Decreto Legislativo N° 988), establece: “Artículo 2.- Medidas limitativas de derechos. El Fiscal Provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, podrá solicitar al Juez Penal las siguientes medidas limitativas de derechos: (...) 7. Allanamiento de inmuebles o lugares cerrados fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, siempre que existan motivos razonables para ello. La medida está destinada a registrar el inmueble y, de ser el caso, a su incautación. Esta medida puede tener también como finalidad, la detención de personas **o la realización de las medidas de secuestro o incautación a fin de asegurar los instrumentos, medios o elementos de convicción**, objetos o efectos, provenientes directa o indirectamente de la infracción penal o los instrumentos o medios con que se hubiere ejecutado. La solicitud y la resolución judicial indicarán expresamente la finalidad del allanamiento y registro. (...)”. **TERCERO.-** Que, el segundo párrafo del artículo 4° de la misma norma establece: “Artículo 4.- Procedencia de la medida (...) Si se dicta resolución autoritativa, el Juez Penal fijará con toda precisión el tiempo de duración de las medidas, **el mismo que no podrá exceder de noventa (90) días, prorrogables por igual término.** (...)”. **CUARTO.-** Que, estando a lo transcrito, es de concluir que la ampliación dispuesta por la señora jueza se ciñe a lo que las normas disponen en cuanto al plazo, esto, dado el argumento planteado por la defensa, hace necesario recordar que por Disposición Final Única de la Ley N° 27697 – Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en Caso Excepcional, el inciso 3 del Artículo 2 de la Ley N° 27379 fue derogado. El inciso en referencia establecía

que, incautados los documentos privados, libros contables y bienes, el Fiscal podría retenerlos hasta la culminación de la investigación preliminar o, en todo caso, por un plazo que no excediera a los quince días, prorrogables por un plazo igual (*“previo requerimiento fundamentado del Fiscal Provincial y resolución motivada del Juez Penal”*). Incorporado por Decreto Legislativo N° 988, la versión vigente de este inciso es como sigue: *“3. Secuestro y/o incautación de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado así como los efectos, sean éstos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, así se encuentren en poder de personas naturales o jurídicas. En el caso de los objetos y los efectos, provenientes de la infracción penal o los instrumentos o medios con que se hubiere ejecutado, se procederá además conforme a lo dispuesto en otras normas especiales. Cuando exista peligro por la demora, las medidas previstas en este numeral pueden ser dispuestas por el Fiscal siempre que existan suficientes elementos de convicción, en cuyo caso, inmediatamente después de ejecutadas, deberán ser puestas en conocimiento del juez, exponiendo los fundamentos que la motivaron, el cual podrá confirmarlas o dejarlas sin efecto. El acta que se levante en cada intervención del Fiscal, se pondrá inmediatamente en conocimiento del Juez Penal”*. **QUINTO.- Que**, del texto transcrito es claro que no se ha establecido plazo específico para la duración de la retención una vez incautados los documentos y bienes; empero, debe entenderse que el plazo es aquél al que se hace referencia en el tercer fundamento de esta resolución; a ello debe agregarse que el plazo de quince días para la duración de las medidas que originalmente autorizó esta Sala fue el solicitado por el Ministerio Público. **SEXTO.- Que**, superado el examen de legalidad de lo resuelto, pues la ampliación se encuentra dentro del lapso establecido en el artículo 4° de la ley, la Sala entra al examen de las razones que la motivaron con atención a lo expresado en su momento por el Ministerio Público y a la objeción del impugnante en su recurso. A este efecto, ha de tenerse en cuenta que la resolución autoritativa expedida por esta Sala comprendió dieciocho establecimientos de combustible (*“grifos”*); esto, es evidente, significaba la incautación, retención y examen de material documental e informático de estimable volumen, lo que, a su vez, conllevaba a la disposición de recursos logísticos y humanos especializados por parte del Ministerio. Tanto esta circunstancia, como la alegada por la impugnante en el sentido de verse

afectada en sus labores y cumplimiento de obligaciones tributarias, entre otras, pueden tenerse por ciertas, pues, desde el inicio, al examinarse la procedencia de la autorización judicial fueron factores de ponderación entre la necesidad y fin de descubrir y perseguir los delitos, por un lado, y la afectación de los derechos de los investigados, por el otro. Sólo con la armonización de ambos, bajo los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad –en la que la mayor o menor afectación de los derechos del investigado es inevitable–, puede decirse que la medida o medidas específicas son legítimas. **SÉTIMO.-** Así, no se puede dejar de tener en cuenta: **(a)** que, conociendo el número de establecimientos a afectar y, obviamente, pudiendo suponer el volumen de la información a incautar y proyectar los recursos personales y logísticos necesarios, la petición inicial del Ministerio Público fue que las medidas se autoricen por espacio de quince días, tal proyección, según lo admite el Ministerio, fue superada en demasía; **(b)** que con las medidas sólo se busca, desde la perspectiva del órgano persecutor del delito, superar el test de probabilidad que ha de realizar el juez al calificar la denuncia; **(c)** que, por lo anterior, la finalidad de las medidas, como lo dice el artículo 3° de la Ley N° 27379, es la de lograr el “*éxito de la investigación*”, no sustituir ni confundirse con la instrucción, y **(d)** que el artículo 6° de la Ley manda que el juez, al dictar el auto de apertura de instrucción, obligatoriamente, se pronuncie “*acerca de la subsistencia o revocación de las medidas limitativas de derechos que el Fiscal solicitó y obtuvo de la autoridad judicial, dictando al efecto las disposiciones que correspondan. Contra este extremo de la resolución procede recurso de apelación*”; es decir, que, inclusive, en sede judicial, las medidas dictadas pueden mantenerse. **OCTAVO.-** Entonces, atendiendo a que de conformidad con el artículo 4° de la Ley, la duración de las medidas “*no podrá exceder de noventa (90) días, prorrogables por igual término*” y a las razones que sustentaron el pedido de ampliación, ésta no resultará ilegítima siempre que junto con ella se dispongan las medidas que mantengan la proporcionalidad establecida. A este efecto, se puede tener en cuenta como referencia disposiciones tales como las del artículo 225° del Código Procesal Penal (en vacatio legis en este distrito judicial): “1. *El Fiscal podrá obtener copia de las actuaciones y de los documentos incautados, restituyendo los originales. Cuando mantenga la incautación de los originales, podrá autorizar la expedición gratuita de copia certificada a aquellos que los detentaban legítimamente.* 2. *Los servidores o*

funcionarios públicos podrán expedir copias, extractos o certificaciones de los documentos restituidos, en original o copia, por el Fiscal, pero deberá hacer mención en ellos de la incautación existente. 3. A la persona u oficina ante la que se efectuó la incautación, debe entregársele copia del acta de incautación realizada. 4. Si el documento incautado forma parte de un volumen o un registro del cual no puede ser separado y el Fiscal no considera conveniente extraer copia, el volumen entero o el registro permanecerá en depósito judicial. El funcionario Público con la autorización del Fiscal, expedirá a los interesados que lo soliciten, copias, extractos o certificados de las partes del volumen o registro no sujetas a incautación, haciendo mención de la incautación parcial, en las copias, extractos y certificados. 5. Los afectados podrán instar la intervención del Juez de la Investigación Preparatoria cuando la disposición del Fiscal afecta irrazonablemente sus derechos o intereses jurídicos. El Juez se pronunciará previa audiencia con asistencia de los afectados y de las partes”. **NOVENO.-** Que, desarrollando la actuación del Ministerio Público durante la etapa de investigación, en sentencia expedida en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry), el Tribunal ha dicho: “§3.1. **Investigación y posterior acusación fiscal.** 27. El Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito (artículo 159°, inciso 4 de la Constitución); por ende, una vez que un hecho presuntamente delictivo es denunciado, el fiscal puede, alternativamente, **abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable** o formalizarla ante el juez penal. **En el primer supuesto, el fiscal no cuenta con elementos suficientes que ameriten la formalización de la denuncia, por lo que se procede a iniciar una investigación orientada a obtener elementos que sustenten su acusación ante el Juez Penal;** ello fluye del texto del artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el extremo que señala: ‘(...) cuando se hubiese reunido la prueba que estimase suficiente [el fiscal] procederá a formalizar la denuncia ante el Juez Instructor como se deja establecido en el presente artículo’. 28. Respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal, la doctrina ha señalado lo siguiente: ‘(...) **no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados**’. Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; se

requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional. **§3.2. Ausencia de normatividad en la materia. Principios y criterios aplicables.** 29. La labor que el fiscal realice una vez recibida la denuncia o conocida la noticia criminal no ha sido desarrollada en detalle por el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, esta actividad está sujeta a diversos principios y garantías que orientan su normal desenvolvimiento para que éste sea conforme a la Constitución. **§ Principio de interdicción de la arbitrariedad.** 30. Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: 'a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad'. (Exp. N° 090-2004 AA/TC). Adecuando los fundamentos de la referida sentencia a la actividad fiscal, **es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.** **§ Principio de legalidad en la función constitucional.** 31. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley". La Sala, asumiendo como propio lo antes citado, considera que se trata, en suma, en lo máximo posible, de no afectar el normal funcionamiento de las actividades económicas de las empresas investigadas y, por extensión, de las personas naturales que las representan y conducen. En este aspecto y más allá de que en autos no obra prueba de alguna de las afectaciones que afirma la impugnante, esta Sala es de la consideración que el principio de interdicción de la arbitrariedad no se

reduce a la proscripción de proceder fuera o contrariamente a la norma, sino que en ausencia de ésta, las actuaciones del funcionario responsable se deben sujetar a los cánones de lo racional, teniendo en cuenta, por ejemplo, la norma no vigente que se ha transcrito. Por estas razones, **CONFIRMARON** la resolución venida en apelación, su fecha dieciséis de abril de dos mil nueve, (obrante de fojas 26 a 28), mediante la cual se **amplió el plazo de la medida limitativa –incautación hasta por 70 días** con respecto de las entidades comerciales allí indicadas; **RECOMENDARON** a la señora Jueza y al señor Fiscal tener en cuenta lo contenido en el octavo considerando de esta resolución, en la investigación preliminar que se sigue contra **Luis Arnaldo Henríquez Palacios y los que resulten responsables**, por delito contra la administración pública – peculado - colusión desleal - negociación incompatible y otros, en agravio del Estado Peruano (irregularidades denunciadas en el abastecimiento de combustible a la Policía Nacional del Perú). Notifíquese y devuélvase.-