



## 2º JUZGADO DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 00671-2022-28-1501-JR-PE-02

JUEZ : BELLO MERLO EVER

ESPECIALISTA : CARDENAS VEGA HEBER JOHNN

IMPUTADO : DELECA HERNANDEZ, MANUEL ELEXANDER

DELITO : PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.

MOLINA MANZANO, RUBEN ALEJANDRO

DELITO : PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.

AGRAVIADO : EL ESTADO ,

SOLICITANTE : FISCALIA PROVINCIAL ESPECIALIZADA EN TID EDUARDO REGALADO MAYTA ,

### RESOLUCIÓN N.º TRES

Huancayo, tres de febrero de 2022

**VISTOS:** En la fecha el requerimiento fiscal que antecede, y escrito de subsanación presentada por el representante del Ministerio Público, relacionado con la confirmatoria judicial de incautación de bienes; y, **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** El representante del Ministerio Público, requiere la confirmatoria judicial de incautación de diversos bienes, entre estos: a) marihuana con peso bruto de 500 gramos; b) Un teléfono celular marca Samsun de color negro, protector de color azul de propiedad de Rubén Alejandro Molina Manzano; c) Dinero hasta por la suma de 333.80 soles de propiedad de Manuel Alexander Deleca Hernández; y, d) un teléfono celular marca Xiaomi, de color azul y negro, con pantalla táctil de propiedad del antes mencionado, las que aparecen del acta de registro personal, comiso de droga, incautación y lacrado practicado a cada uno de los indiciados, respectivamente.

Dicha incautación de diversos bienes, se habría producido con motivo de la intervención a cargo de personal policial del Escuadrón de Emergencia en circunstancias que efectuaban patrullaje preventivo a los investigado Rubén Alejandro Molina Manzano y Manuel Alexander Deleca Hernández -y posterior detención-, producido el 19 de febrero de 2022, a las 14:30 horas por inmediaciones del jirón Alejandro Deústua y pasaje El Sol del distrito de El Tambo-Huancayo, cuando intentaban ingresar a un internet, quienes intentaron escapar, procediendo a reducirlos.

Seguidamente se efectuó el registro personal, el investigado Deleca Hernández portaba una mochila de color plomo con el logotipo "For you sports", conteniendo una bolsa transparente y a la vez una de color negro conteniendo en su interior especie vegetal (hojas de tallo y semillas con olor característico a marihuana), así como en su bolsillo dinero en efectivo y un celular; en tanto al investigado Molina Manzano, se halló un reloj, billetera, sarta de llaves y un teléfono celular, en el bolsillo del pantalón conocido como sencillera se encontró restos de especie vegetal al parecer marihuana. Posteriormente efectuó la prueba de campo dando como resultado positivo para marihuana con un peso neto de 500 gramos.

Los investigados mencionados se encontrarían inmersos en la presunta comisión del delito de promoción, favorecimiento y facilitación al consumo ilegal de drogas toxicas, prevista y sancionada en el primer párrafo del artículo 296 del Código penal.



Sustenta el requerimiento fiscal, el mérito al **(i)** acta de intervención policial; **(ii)** acta de registro personal, incautación y lacrado de droga de ambos investigados, **(iii)** acta de deslacrado, prueba de campo, pesaje, comiso e incautación, lacrado de droga y especie; entre otros que aparecen en el acápite VII “elementos de convicción” del requerimiento fiscal”, así como las escoltadas con el escrito de subsanación.

El fundamento esencial del Ministerio Público para confirmar judicialmente la incautación de los bienes precitados constituiría la “Urgencia o peligro en la demora: (...), estando a las circunstancias del caso, y al haber existido la urgencia, necesidad e inmediatez en la intervención para la incautación de la droga y los demás bienes vinculados al delito (...); conforme se tiene del contenido de las actas y en las mismas se describe de manera detallada la forma y circunstancias en que, los investigados (...), fueron intervenidos en FLAGRANCIA DELICTIVA (...). En suma, el comiso e incautación cumplirá la finalidad de descubrir o comprobar un hecho o circunstancia importante para el fin del proceso penal, más aún, se tiene en cuenta el carácter irrepetible de la diligencia practicada, es decir, se constituye como único medio para posibilitar los fines de la investigación preliminar, máxime, si dicha droga es utilizada para infringir la ley y efectuar el bien jurídico protegido por esta clase de delitos; (...)”.

La incautación según el requerimiento fiscal presentado por el Ministerio Público, por un lado, instrumental, y cautelar a la vez, las que constituyen objeto y efectos del delito, según corresponda.

El fin de esta medida, aunque no lo expresa de forma tal, es que servirán para revestir de legalidad la actuación policial y luego acreditar la comisión del hecho delictivo en un eventual juzgamiento, así como el comiso de los bienes intrínsecamente delictivos.

**SEGUNDO:** La incautación de bienes constituye normalmente una interferencia grave en el derecho de propiedad (artículo 2.16 y 70 de la Constitución Política del Perú de 1993), pues el titular queda privado del disfrute en forma indefinida, por la sola condición de investigado o imputado en un proceso penal; por tanto, la autoridad que lo disponga, según sea el caso (juez, fiscal o policía) que dispone la invasión en el derecho de los ciudadanos, se encuentra obligado a expresar la justificación suficiente de una medida extremadamente gravosa.

Para la adopción de una medida, como la incautación instrumental o en su caso la cautelar excepcional –la regla es que esta sea autorizada judicialmente, previa a la ejecución–, que implique la limitación o restricción de un derecho fundamental de un ciudadano residente en el país, es ineludible, cumplirse acabadamente con los presupuestos procesales y materiales regulados en el artículo VI del título preliminar del Código Procesal Penal, en concordancia con los artículos 202 y 203, así como las específicas, según sea el caso, artículo 218 o 316 de la norma adjetiva en comento, en la que se exige si o si la confirmatoria judicial de forma inmediata, cuando esta se ejecutó por mediar cualquiera de los supuestos previstos expresamente: **I)** flagrancia delictiva; **II)** peligro inminente de su perpetración; o **III)** peligro en la demora, por la policía o el fiscal a cargo del caso.

Debe precisarse que la policía sin necesidad de autorización judicial y fiscal puede disponer la incautación instrumental de bienes, cuando medie flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración. También cuando se presenta el supuesto de peligro en la demora, empero esta última, debe ser necesariamente dispuesta por el fiscal, es decir, la policía por sí mismo no puede efectuarla, está impedida (artículo 218.2 del Código Procesal Penal).



En cuanto a la incautación cautelar, esta puede ser dispuesta siempre en cuando concurre peligro en la demora, tanto por la policía o el fiscal, se exige que previamente el caso este circunscrito en el marco de una investigación de un delito, sea en diligencias preliminares o investigación preparatoria formalizada (artículo 316.1 del Código Procesal Penal).

Es preciso respetar el principio de legalidad procesal (artículos 2.24,b y 139.3 de la Constitución Política), el cual es insoslayable, como son los preceptos jurídicos de desarrollo constitucional previstos en el Código Procesal Penal.

Esta medida afecta, limita y/o restringe un derecho fundamental, como es la propiedad y/o posesión que se encuentra garantizada en los artículos 2.16 y 70 de la Constitución Política del Perú, también por el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyos alcances fueron desarrollados por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 02989-2012-PA/TC, así como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos: Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú (párrafo 116) y Tibi vs. Ecuador (párrafo 217).

**TERCERO:** Acorde con el requerimiento fiscal que nos ocupa, comporta nuestro interés en principio el desarrollo de la incautación instrumental, cuya finalidad principal es “conservativa, de aseguramiento de fuentes de prueba material y luego, probatoria”<sup>1</sup>. En ese orden de ideas, el artículo 218.1 del Código Procesal Penal prescribe: “Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el Fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el Fiscal, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias”, en tanto en el numeral dos establece: “La Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria”.

**CUARTO:** En la línea de razonamiento seguida, la finalidad de la confirmatoria judicial de la incautación de los bienes del presuntamente implicado en la comisión del ilícito penal –que implica la privación temporal o definitiva a su titular de uno o todos los poderes inherentes a la propiedad, respecto a una cosa o bien que le pertenece o posee–, tiene como fin revestir de legalidad a la evidencia obtenida por este medio y evitar arbitrariedades en la forma, modo y circunstancias de las intervenciones policiales y fiscales, en otras palabras, constituye un mecanismo de control de legalidad y se caracteriza por su excepcionalidad dado que esta sólo procederá en determinados casos previstos en el artículo 218.2 y 316.1 del Código Procesal Penal, según sea el caso, vale decir, si nos encontramos ante una incautación instrumental o cautelar respectivamente.

**QUINTO:** La consecuencia de la inobservancia del requisito de confirmatoria judicial –en los casos que no se haya producido la autorización judicial respectiva, previo requerimiento fiscal– trae necesariamente la inadmisibilidad de la prueba o

<sup>1</sup>. Conforme el Acuerdo Plenario N.º 05-2010/CJ-116.



evidencia incautada, es decir, su exclusión del proceso penal la que se producirá generalmente en la etapa intermedia o su inutilización en el juzgamiento; por otro lado, esta medida debe ser requerida de forma inmediata, vale decir, una vez producida la incautación, sin solución de tiempo, por disposición expresa de los artículos 203.3, 218.2 (incautación instrumental) y 316.2 (incautación cautelar) del Código Procesal Penal, lo contrario implicaría la extemporaneidad que traerá consigo sanciones disciplinarias para el obligado a requerirla (fiscal), mandato legal de carácter imperativo que fuera desarrollada ampliamente por el Acuerdo Plenario N.º 5-2010/CJ-116, Casación N.º 57-2010/La Libertad y Casación N.º 136-2013/Tacna.

**SEXTO:** Del análisis y compulsión de los fundamentos esbozados líneas arriba, y de los argumentos expuestos por el titular de la acción penal, así como de los elementos de convicción que sustentan el requerimiento fiscal que nos ocupa (actas varias y declaraciones testimoniales), se tiene que esta debe desestimarse por infundada, dado que se han vulnerado derechos y garantías fundamentales mínimas por la autoridad policial, así como el principio de legalidad procesal, el cual es patente.

Las pesquisas personales tal como se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico legal constituyen medidas restrictivas de derechos personales que afectan o limitan directamente la libertad de tránsito, la intimidad, la dignidad e integridad física y moral del afectado, de modo que resulta imprescindible establecer claramente los presupuestos que habilitan una intromisión de esas características en los derechos fundamentales del investigado. Pero además de ello, es necesario establecer estándares que deben cumplirse en la ejecución de la medida, en el sentido de que, una vez presentes los motivos objetivos que justifiquen su aplicación, la pesquisa no se lleve a cabo en condiciones que afectan la dignidad de la persona<sup>2</sup>, ello desde una mirada desde la justicia interamericana, constitucional y ordinaria, las que hoy en día son insoslayables.

La justicia interamericana de Derechos Humanos, en sus diversos pronunciamientos de modo uniforme, desde el caso *Gangaram Panday vs Surinam* (párrafo 47), reiterada entre otros, en el caso *Azul Rojas Marín y otra vs Perú* (párrafo 110), en relación al principio de legalidad procesal, ha expresado que la restricción o limitación de derechos únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal).

Dicho ello, en principio queda descartada que la incautación haya sido de carácter cautelar (artículo 316.1<sup>3</sup> del Código Procesal Penal) que tiene el propósito de garantizar el futuro comiso de bienes intrínsecamente delictivos, ya que esta se produce ante la concurrencia de peligro en la demora, y que puede ser dispuesta por el policía o fiscal, en el marco de una investigación de un delito desplegada por el Ministerio Público (condicionado), ya sea a nivel de diligencias preliminares o investigación preparatoria formalizada, que no es del caso.

---

<sup>2</sup>. ESTEBAN DE LA FUENTE, Javier. "Prologo". En: *Medios de prueba en el proceso penal. Tomo 3. Allanamiento y requisa*. ORDOÑEZ, Pablo (Dir.). Buenos Aires: Hammurabi, 2019, p. 10.

<sup>3</sup>. "Artículo 316 Objeto de la incautación

1. Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público. (...)"



Del acta de intervención policial -así como del requerimiento fiscal- se desprende que esta medida se adoptó en mérito haber observado los efectivos policiales intervinientes -del Escuadrón de Emergencia- a los investigados -Deleca y Molina- transitando por el jirón Alejandro Deústua del distrito de El Tambo, **al intentar ingresar a un internet ubicado en la intersección con el pasaje El Sol**, seguidamente fueron intervenidos, quienes intentaron fugar, procediendo incluso a reducirlos. Acto seguido se efectuó el registro personal a ambos, hallándose la sustancia psicotrópica, finalmente procediendo con la detención.

De lo afirmado se tiene que la intervención policial fue irrazonable, por ende, arbitraria, dado que no se indicó cuáles son los motivos o razones fundadas, **véase las actas de intervención y registro personal de ambos investigados**. No se expresa el motivo o razones de la intervención y menos del registro personal, tal como se exige taxativamente en los artículos 205 y 210 del Código Procesal Penal.

El Tribunal Constitucional en la STC N.º 02054-2017-PHC/TC, refiriéndose al artículo 205 del Código Procesal Penal, enfatizó “está habilitado el control de identidad policial cuando considere que resulta necesario para 1) prevenir un delito o para 2) obtener información útil para la averiguación de un hecho punible” (fundamento 42), precisó además “la ley no autoriza a la autoridad policial a pedir documentación sin ninguna justificación, sino sobre la base de las causales anteriormente reseñadas” (fundamento 43). De igual forma la Corte IDH, en el caso *Azul Rojas Marín y otra vs Perú*, destacó tal exigencia, al señalar “En primer lugar, la solicitud de identificación es posible cuando la policía “considere que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible”. **La señora Rojas Marín se encontraba caminando sola a su casa cuando fue abordada por agentes estatales**. No se ha demostrado que fuera necesario solicitarle la identificación para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. (...)” (párrafo 115), estableciéndose la responsabilidad internacional del Estado peruano al concluir que “No se ha demostrado que fuera necesario solicitarle la identificación para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible”.

En relación al registro personal practicado a los investigados, el Tribunal Constitucional en la precitada sentencia (STC N.º 02054-2017-PHC/TC), señaló “Como es de verse, nuestra legislación autoriza el registro personal en caso exista “fundado motivo que el intervenido pueda estar vinculada a la comisión de un hecho delictuoso” (artículo 205.3) o “cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito” (artículo 210.1)” (fundamento 67); como se observa, de las actas respectivas se procedió a registrar a los investigados luego de que fueran reducidos (fundamento 69) **cuando intentaban ingresar a un internet ubicado en las intersecciones del jirón Alejandro Deústua y pasaje El Sol del distrito de El Tambo-Huancayo y pretendían huir**, sin expresar los fundados motivos o razones requeridos en los artículos 205.3<sup>4</sup> y 210.1 del

<sup>4</sup>. “116. En segundo lugar, el registro de vestimentas es procedente “si existiere fundado motivo que el intervenido pueda estar vinculada a la comisión de un hecho delictuoso”. De acuerdo al parte policial, en el presente caso este registro se realizó porque la presunta víctima no contaba con documento de identificación, “presentaba aliento alcob[ó]lico y [...] presumiblemente se encontraba en estado de ebriedad avanzado”. Al respecto, el perito Luis Alberto Naldos Blanco, ofrecido por el Estado, indicó que: Resulta evidente que el solo hecho de encontrarse en estado de ebriedad -sin que concurren actos contra las personas, el orden público o el patrimonio público o privado no justifica una presunción de comisión de un hecho delictivo y, mucho menos, un arresto policial. [...] En el caso de la intervención a Azul Rojas Marín no existe ningún elemento objetivo que permita establecer de manera cierta la existencia del motivo fundado para la realización del registro personal, así como tampoco del



Código Procesal Penal; en este punto cabe señalar que si bien la norma adjetiva en su artículo 209 prevé que la policía puede disponer la inmovilización de personas, no consta de las referidas actas que haya habido de por medio una orden de inmovilización (fundamento 70). Además, de todo ello no se evidencia que, durante el procedimiento de registro personal efectuada por la policía, el cumplimiento de la regla estatuida en el artículo 210.4 del Código Procesal Penal: "Antes de iniciar el registro se expresará al intervenido las razones de su ejecución, y se le indicará del derecho que tiene de hacerse asistir en ese acto por una persona de su confianza (...)".

El registro de personas puede llevarse a cabo por la policía sin la orden judicial del juez -excepcionalmente-, siempre que se cumpla con lo previsto en el artículo 210 del Código Procesal Penal. Dicha disposición legal como se dijo, autoriza el registro cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito.

Nada de lo dicho se cumplió, por el contrario el proceder de la policía tal como se describió esta corroborada con las declaraciones testimoniales de los propios intervinientes (Gustavo Javier Delgado Vargas, José Fernando Alegre Freyre y Leandro Gary Granados Ore); en ese entender de ideas "no puede otorgarse eficacia probatoria a dichas instrumentales estando a las irregularidades presentadas que contravienen los derechos de los imputados establecidos en los artículos 71, 205 y 210 del Código adjetivo penal" (Casación N.º 321-2011/Amazonas).

Con razón también el supremo interprete de la Constitución en la STC N.º 02054-2017-PHC/TC, fue enfático al expresar "El hecho de que se haya encontrado objetos que podrían configurar la comisión de un delito (tenencia ilegal de armas) no convierte una actuación ilegal en legal. La actuación de las fuerzas de seguridad se legitima por cuanto lleva a cabo su tarea de conformidad con el ordenamiento jurídico en pleno respeto de la legalidad y los derechos fundamentales" (fundamento 73), con la que concordamos plenamente, ya lo hemos afirmado en otras resoluciones. Esta es la línea adoptada por el juzgado.

Con tales actuaciones, no sólo se vulneró las reglas del estatuto procesal penal, también derechos y garantías constitucionales mínimas, entre estos, el derecho a la libertad de tránsito (artículo 2.11) al intervenir y reducirse a los investigados; seguidamente el derecho a la intimidad personal (artículo 2.7) al procederse con el registro personal, en ambos casos al no expresarse motivo o razón fundada exigida previamente en virtud al principio de legalidad procesal (artículo 2.24.b) reconocidas en la Constitución Política (conforme STC N.º 02054-2017-PHC/TC).

Del acta de intervención policial se desprende "es así que en circunstancias que nos encontrábamos en el parque del Comunicador nos percatamos que dos (02) ciudadanos se dirigieron al mencionado parque por el jirón Alejandro Deústua y **de manera sospechosa trataron de ingresar a un internet** que se encontraba en las intersecciones del jirón Deústua y pasaje El Sol los cuales al intervenirlos trataron de escapar motivo por el cual se procedió a reducir y engrilletar en el lugar" (sic). En tanto de las actas de registro personal practicado a Manuel Alexander Deleca Hernández aparece "a quién se le informo el motivo de su intervención y se solicitó exhiba voluntariamente sus respectivas pertenencias presentando los siguiente" y al investigado

---

cumplimiento del procedimiento legal previsto para llevarlo a cabo. Consecuentemente, se puede afirmar que el registro personal practicado a Azul Rojas Marín no se realizó conforme a las reglas del artículo 205.

117. La Corte considera que el registro personal de la señora Rojas Marín no fue acorde a la legislación nacional, ya que no se ha demostrado que existiera un motivo fundado vinculando a la intervenida con la comisión de un hecho delictuoso" (Caso Azul Rojas Marín vs Perú).



Rubén Alejandro Molina Manzano se expresa "al mismo que se le procede a levantar la presente diligencia con los siguientes resultados". Es patente que se soslayó lo expuesto líneas precedentes, no se explica cuáles son los motivos o razones fundadas para proceder con las pesquisas respectivas inobservando el artículo 120.2 del Código Procesal Penal que prescribe "El acta debe ser fechada con indicación del lugar, año, mes, día y hora en que haya sido redactada, las personas que han intervenido y una relación sucinta o integral -según el caso- de los actos realizados. **Se debe hacer constar en el acta el cumplimiento de las disposiciones especiales previstas para las actuaciones que así lo requieran**". Esta exige describir de modo detallado las actuaciones referidas a las medidas restrictivas o limitativas de derechos, dada su naturaleza jurídica, en la que se ve involucrado derechos fundamentales primordiales en un Estado Constitucional de Derecho.

**SÉPTIMO:** Dicho ello, se descarta la incautación instrumental dado que esta se produce en tres supuestos -conforme se enfatizó arriba-, (i) flagrancia delictiva, (ii) peligro inminente de su perpetración y (iii) peligro en la demora. Es claro, que no hubo flagrancia delictiva, menos peligro inminente de su perpetración, supuestos únicos en la que la policía puede efectuar ese tipo de incautación (artículo 218.2 del Código Procesal Penal), la que no es el caso, ya que los investigados se encontraban transitando y al intentar ingresar a un internet fueron intervenidos y reducidos, para luego sin expresar motivo o razón alguno proceder con el registro personal, transgiriéndose los artículos 205 y 210 del Código Procesal Penal.

Por lo demás el artículo 259 del Código Procesal Penal, reconoce tres tipos de flagrancia delictiva a saber: a) flagrancia estricta, b) cuasi flagrancia y c) flagrancia presunta.

El Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos expreso que se presenta flagrancia delictiva "(...) en la comisión de un delito [ante] la concurrencia de dos requisitos insustituibles: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; y b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos en el momento de la comisión del delito y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito, ofreciendo una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo" (Cfr. STC Expediente N.º 4630-2013-PHC/TC, fundamento 3.3.3).

La flagrancia delictiva conforme los términos del artículo 2.24.f de la Constitución Política y la precitada sentencia, se presentan cuando se está cometiendo el delito y se encuentre en lugar al presunto delincuente. **Ninguno de estos supuestos se advierte antes de la intervención policial**, como se expuso con minuciosidad líneas arriba.

En este punto es de recordar que el Ministerio Público es el defensor de la legalidad, no de la legalidad formal, si no de la legalidad constitucional y convencional, el cual, claramente se soslayó en el caso que nos ocupa.

Cabe hacernos la siguiente pregunta ¿La policía está autorizada a efectuar el control de identidad en vías públicas, registro personal e incautaciones a discrecionalidad? ¿Puede realizar un registro personal cuando una persona se encuentra caminando por una vía pública, sin explicarse los motivos o razones? La respuesta es obvia: **NO**. De allí que corresponde desestimarse la confirmatoria de incautación requerida por el Ministerio Público.

Por último, el artículo 3.2 del Decreto Legislativo N.º 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú, establece como una atribución policial "Requerir la identificación de cualquier persona, a fin de realizar la comprobación correspondiente, con fines de



prevención del delito o para obtener información útil en la averiguación de un hecho punible; (...)”, empero esta debe interpretarse y aplicarse conforme las reglas instituidas en el Código Procesal Penal, conforme lo sustentó el Tribunal Constitucional en la STC N.º 02054-2017-PHC/TC al sostener “Si bien tanto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1267 como en el artículo 205 del Código Procesal Penal se hace referencia a la prevención del delito, la primera resulta muy amplia, como si esa finalidad pudiera amparar todos los supuestos de identificación policial. Más bien, como lo señala el Código Procesal Penal, se trata de cuando considere que ello resulta necesario para la prevención de un delito” (fundamento 41).

Reiteramos, siguiendo la línea trazada por el Tribunal Constitucional en la sentencia tantas veces citada, el hecho de que se haya encontrado objetos que podrían configurar la comisión de un delito de tráfico ilícito de drogas no convierte una actuación ilegal en legal; la actuación de policía se legitima por cuanto lleva a cabo su tarea de conformidad con el ordenamiento jurídico en pleno respeto de la legalidad y los derechos fundamentales.

Sin perjuicio de la sacrificada labor que cumple la policía, debe enfatizarse que dicha labor debe cumplirse de acuerdo con los lineamientos que las normas legales determinan (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Constitución y ley), con el respeto irrestricto de los derechos que asisten a todos los ciudadanos residentes en el país. De no ser así, se favorecería la impunidad, ya que los jueces no pueden avalar situaciones que vulneren derechos esenciales por la actuación de autoridades que están premunidos del poder que la ley les reconoce (Recurso de Nulidad N.º 656-2019/Lima).

Lo resuelto en esta resolución no quiere decir que se vaya a devolver los bienes intrínsecamente delictivos, la droga será destruida de acuerdo a los procedimientos legales.

**OCTAVO:** En muchas ocasiones la policía suele intervenir a ciudadanos residentes en el país -nacionales y extranjeros- en tales situaciones, alegando “actitud sospechosa”, para luego alegar flagrancia delictiva, ello resulta arbitrario por ende inconstitucional, así incluso se tiene dicho desde la jurisprudencia de la justicia ordinaria, constitucional e interamericana, como pasaremos a repasar en las siguientes líneas.

En clave con lo afirmado, en la ejecutoria suprema Recurso de Nulidad N.º 656-2019, Lima Norte, se arribó a la conclusión que alegar “actitud sospechosa” del intervenido no acredita flagrancia delictiva.

El Tribunal Constitucional, se pronunció determinando la detención de una persona por actitud sospechosa como arbitraria e inconstitucional, la que se desprende de la STC N.º 1924-2010-PHC/TC. Y, no podía ser ajena la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se pronunció en su sentencia en el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs Argentina*, subrayo:

51. El 3 de octubre de 2002, la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara de Casación Penal y ordenó que fuera emitido un nuevo pronunciamiento. Refiriéndose a la jurisprudencia estadounidense sobre “causa probable”, “sospecha razonable” y “situaciones de urgencia”, la Corte Suprema señaló que en el caso concreto estos resultaban aplicables puesto que la “actitud sospechosa” atribuida al señor Tumbeiro fue “ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefacientes”. La Corte Suprema juzgó que en el procedimiento “no se advierte ninguna irregularidad” y que la sentencia recurrida ignoró “la legitimidad de lo actuado en prevención del delito” y omitió valorar el “nerviosismo” del señor Tumbeiro conjuntamente a “las demás circunstancias por las cuales el personal judicial decidió identificarlo”.

(...)



69. La Corte recuerda que el automóvil en que el señor Fernández Prieto viajaba fue interceptado y, posteriormente, sujeto a registro en la ciudad de Mar de Plata el 26 de mayo de 1992, debido a que un inspector y dos sargentos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires manifestaron ver el vehículo en que viajaba con "tres sujetos en actitud sospechosa". Posteriormente, los agentes hicieron descender del vehículo a los pasajeros y realizaron un registro del mismo. En el vehículo los policías encontraron unos paquetes de lo que parecía ser marihuana y un revólver. Posteriormente, el 19 de julio de 1996 el Juez Federal condenó al señor Fernández Prieto a cinco años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes.

(...)

106. Al respecto, la Corte observa, en primer lugar, que de conformidad con el Código Procesal Penal de la Nación, vigente al momento de la referida intervención, las requisas corporales solo podían ser efectuadas previa orden judicial motivada "siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito". En este caso, no hubo una orden judicial previa y las razones argüidas por los agentes para justificar primero la detención con fines de identificación y posteriormente la requisa, es decir la forma de vestir del señor Tumbeiro, su alegada actitud sospechosa y su presunto nerviosismo, a todas luces no constituyeron "motivos suficientes" en los términos del artículo 230 de la citada norma que permitieran presumir que ocultaba objetos vinculados a la comisión de un delito y, por lo tanto, que permitiera la realización de una requisa corporal.

(...)

108. Así las cosas, la Corte advierte que la requisa personal del señor Tumbeiro constituyó una injerencia ilegal a su vida privada que además resultó arbitraria y desproporcionada en la medida que: a) la norma invocada para su justificación resultaba imprecisa y contraria al principio de tipicidad porque no definía los supuestos de urgencia para proceder a una requisa sin orden judicial; b) incluso si se omitiera dicha indefinición normativa, los agentes policiales nunca acreditaron una situación de urgencia, máxime porque la finalidad inicial de la detención era la comprobación de su identidad, cuya información fue facilitada por el propio señor Tumbeiro y comprobada vía radial por los agentes policiales; c) la "sospecha" basada en el estado emocional o la idoneidad o no de la reacción o forma de vestir del señor Tumbeiro constituye una apreciación subjetiva que, ante la ausencia de elementos objetivos, de ningún modo demuestra la necesidad de la medida; d) aun si se admitiera que lo anterior constituye un motivo suficiente o "urgente" para proceder con la requisa, el hecho de que la misma excediera el palpamiento superficial sobre la ropa del señor Tumbeiro y este fuera obligado a desnudarse resulta desproporcionado, pues supuso una grave afectación de la intimidad del señor Tumbeiro sin que la medida persiguiera satisfacción de bienes jurídicos relevantes. En consecuencia, la Corte advierte que la requisa corporal del señor Tumbeiro resultó violatoria del artículo 11 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

(...)

110. En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte estima que el Estado es responsable por la violación del artículo 11 en perjuicio del señor Fernández Prieto, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, toda vez que la policía procedió a realizar una requisa del vehículo en que viajaba aun cuando no estaba legalmente facultada para ello, así como por la violación de dicho artículo en perjuicio del señor Tumbeiro, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, pues los agentes policiales no acreditaron con base en criterios objetivos la necesidad de realizar la requisa corporal y la misma resultó desproporcionada, además de que la normativa aplicable no precisaba cuáles eran los casos cuya urgencia justificara la práctica de dicha medida sin orden judicial.

Los precedentes del Sistema de Protección de Derechos Humanos en América, expedidos en el marco de las competencias de la Corte IDH y Comisión Interamericana



de Derechos Humanos, en virtud al artículo dos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son vinculantes para nuestro país, es preciso que jueces y, fiscales internalicen los principios interamericanos y a aplicarlos para garantizar derechos y evitarle al país condenas internacionales -por ejemplo, evitando el abuso de prisiones preventivas, a la fecha el Estado peruano sumó 100 sentencias, de las cuales en 99 fue declarado responsable internacional-; tal vinculatoriedad además se evidencian de los diversos pronunciamiento del Tribunal Constitucional: STC N.º 01460-2015-PAA/TC, 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC (Acumulado), 03085-2019-PHC/TC, 01811-2020-PHC/TC, entre otros.

Así las cosas, la detención de los investigados Deleca Fernández y Molina Manzano resultan ser arbitrarias, por inconstitucional; no hubo flagrancia delictiva, esta se produjo como consecuencia de una intervención policial ilegal subsecuente.

**NOVENO:** Recordar, para hacer efectiva el binomio: **eficacia-garantía**, corresponde la primera al Ministerio Público, para ello es preciso que los requerimientos fiscales deben cumplir mínima y suficientemente las exigencias constitucionales y legales: motivación y justificación con elementos de convicción suficientes, y la segunda al órgano jurisdiccional, garantizando plenamente los derechos y garantías reconocidas en la Constitución Política y normas internacionales, no del delincuente –“la salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías” (Cfr.: Sentencia C-591/14, f.j. 17)–, sino de todos los ciudadanos, incluido de quienes integramos el Sistema de Administración de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad N.º 656-2019/Lima Norte, ante un supuesto similar (nulidad de condena por actuación pruebas ilícitas) dejó sentado “Finalmente, sin perjuicio de la sacrificada labor que cumple la policía, debe enfatizarse que dicha labor debe cumplirse de acuerdo con los lineamientos que las normas legales determinan, con el respeto irrestricto de los derechos que asisten a las personas. De no ser así, se favorecería la impunidad, ya que los jueces no pueden avalar situaciones que vulneren derechos esenciales por la actuación de autoridades que están premunidos del poder que la ley les reconoce”.

La que nos recuerda lo dicho por Oliver Wendell Holmes, juez de la suprema corte de los Estados Unidos de Norte América: “Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquellos, y pague, por otros delitos, ni que estos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno” (Cfr. Voto singular en el caso *Miranda vs. Arizona* (1996)), es claro que el Estado no puede igualarse con los delincuentes, lo contrario implicará que la próxima víctima sea cualquiera de nosotros.

**DECIMO:** Para ir concluyendo este apartado corresponde dejar sentado y reiterando que la finalidad de la confirmatoria judicial de la incautación de bienes –indistintamente: incautación instrumental o cautelar–, viene a ser el control jurisdiccional que ejerce el juez de garantías respecto a la posibilidad de afectación de derechos fundamentales del ciudadano intervenido en la diligencia que se ha realizado<sup>5</sup>, al mismo tiempo implica, la revisión del cumplimiento de las formalidades legales y que

<sup>5</sup>. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Código Procesal Penal Comentado*. Lima: Idemsa, 2013, p. 218.



se hayan observado las garantías procesales<sup>6</sup> mínimas como el principio de legalidad procesal y principio de proporcionalidad –prevista en último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política– que guía la imposición de aquellas medidas que restrinjan o limitan derechos fundamentales recurriéndose al test de proporcionalidad<sup>7</sup>, es decir, tiene como fin revestir de legalidad la medida adoptada y evitar arbitrariedades en la forma, modo y circunstancias de las intervenciones policiales y fiscales, en otras palabras, constituye un mecanismo de control de legalidad de la actuación del policía y fiscal que se caracteriza por su excepcionalidad dado que esta sólo procederá en determinados casos, las que se han desarrollado en los considerandos precedentes (artículos 218.2 –incautación instrumental– y 316.1 –incautación cautelar– del Código Procesal Penal).

Es preciso destacar que este juzgado, con el requerimiento de confirmatoria de incautación postulado, como se señaló busca garantizar que toda actuación, tanto de la policía y del fiscal a cargo del caso este revestida de las garantías procesales previstas en el ordenamiento jurídico legal, recordando que vivimos en un Estado Constitucional de Derecho, vale decir, bajo el gobierno de la Constitución<sup>8</sup>, así un Estado, no puede recibir tal denominación, si es que los actos de sus funcionarios (jueces, fiscales, policías, gerentes generales, etc.) son arbitrarios, despóticos, caprichosos, tiránicos, y las decisiones de las autoridades responden a su sola voluntad y deseo<sup>9</sup>, es imperativo evitar este tipo de situaciones, que no hacen más que mellar la alicaída imagen de los órganos encargados del Sistema de Administración de Justicia, convirtiéndola en ineficiente.

En cuanto a lo último, aunque parezca exagerado, resulta ilustrativa la jurisprudencia de los Tribunales Judiciales de Costa Rica en la que se ha “(...) establecido que la mera comisión de una infracción menor de tránsito [exceso de velocidad o encontrarse sin el cinturón de seguridad] no autoriza a la policía a registrar un vehículo de motor sin mandato judicial para tales efectos (...)”, caso: Pueblos Vs. De Jesús Franqui, 96 D.P.R. 643 (1968)<sup>10</sup>; así como las del vecino país (Argentina) en la que se ha enfatizado “(...) que la observación de una vivienda con prismáticos por parte de la Policía, sin autorización judicial, vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio (...)” (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sentencia N.º 329/2016 de

<sup>6</sup>. *Ibid.*, p. 304.

<sup>7</sup>. Test de Proporcionalidad, implica la evaluación minuciosa de cada uno de los siguientes sub principios a saber: i) *Idoneidad*: En el caso concreto sometido a conocimiento corresponderá determinar si la medida requerida es idónea, y que de todas las medias idóneas reguladas en el ordenamiento jurídico es la única; ii) *Necesidad*: Si la medida resulta idónea, como paso siguiente se evaluará si esta resulta necesaria, debiendo establecerse que no existe otra forma o medio menos gravoso para determinar tal situación (ejemplo: el carácter delictivo del hecho materia objeto de investigación preliminar o preparatoria); y, iii) *Proporcionalidad en sentido estricto*: Una vez que se haya determinado que la medida requerida resulta para el caso particular que nos ocupa idónea y necesaria, corresponderá evaluar si esta es proporcional, es decir, si la injerencia de la medida a adoptarse, no tiene entidad invasiva y tiene que ceder frente a los requerimientos de persecución eficaz del delito, además sopesar el interés individual y general.

<sup>8</sup>. “*El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto*” (sic) STC Expediente N.º 5458-2005-AA/TC Piura, caso: Pedro Andrés Lizana Puelles, f.j. 3).

<sup>9</sup>. CASTILLO ALVA, José L. *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*. Lima: Grijley, 2013, p. 7.

<sup>10</sup>. TOMAS DE TORQUEMADA, Fray. “La necesidad de uniformizar criterios en la aplicación del Código Procesal Penal, dos casos: la transcripción de las audiencias orales y el procedimiento de confirmación de incautación”.



fecha 20 de abril de 2016), como consecuencia el Tribunal Supremo argentino considero ilícita la principal prueba de cargo obrante en contra de dos acusados del delito de tráfico ilícito de drogas, que fuera la actividad observada por la Policía en el interior de un domicilio, mediante prismáticos (drones), indicando que "(...) dejar las cortinas abiertas no autoriza la observación del interior del inmueble (...)", y la emitida recientemente "...). Tal proceder, como adelantáramos constituye un exceso en su actuación que no puede ser tolerado por encontrarse en contradicción en el debido proceso que debe prevalecer en todo juicio, (...), ante la ausencia de motivos d urgencia, el efectivo policial debió haber secuestrado el bien en cuestión y haber dado aviso a la autoridad jurisdiccional, para luego proceder a determinar la titularidad del objeto. (...)" (Poder Judicial de la Nación Argentina: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional – Sala 1 CCC 58701/2013/CA2, resolución de fecha – Buenos Aires– nueve de mayo de 2016).

Del mismo modo la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República –muy ilustrativamente la cual debe ser de revisión obligatoria para los efectivos policiales y el propio Ministerio Público– viene estableciendo criterios relevantes de cómo debe intervenir en determinadas situaciones, así tenemos la Casación N.º 321-2011/Amazonas, ejecutoria en la que se fijó reglas para la aplicación de los artículos 71, 205 y 210 de la norma procesal penal, referidos a la lectura de derechos, control de identidad y registro de personas y la Casación N.º 253-2013/Puno, en la que se estableció los supuestos en las que correspondería diferir o prolongar la diligencia de registro de personas; y muy, pero muy, importante lo expresado recientemente por la referida Sala Penal en el Recurso de Nulidad N.º 2735-2014/Puno, en la que ha resaltado "Las diligencias policiales sin participación del Ministerio Público no tienen solvencia probatoria para determinar la responsabilidad penal del justiciable, (...) dejando incólume la presunción de inocencia con la cual ingresó al escenario procesal el encausado; siendo acertado la absolución venida en grado", de ahí la importancia de la participación en las diversas diligencias del Ministerio Público, y más aún en el nuevo modelo procesal penal vigente en el país, caracterizada por ser garantista, por lo que es recomendable que este participe activamente, pues de lo contrario nos veremos frente a casos con sentencias absolutorias, como en los casos resueltos en las ejecutorias supremas indicadas, y los que a manera de ejemplo citamos algunas: **i)** Recurso de Nulidad N.º 3182-2012/Callao; **ii)** Recurso de Nulidad N.º 1589-2013/Lima; y, **iii)** Recurso de Nulidad N.º 2874-2013/Del Santa, todas dictadas por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la que se han inutilizado al momento de la valoración probatoria diversos medios probatorios admitidos y actuados en el juicio oral, restándole eficacia al proceso penal, sólo por no cumplir con las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico nacional y supranacional.

En este contexto merece tratamiento especial, las requisas personales (Registro personal, registro domiciliario, allanamiento, etc.), ya que como advierte el profesor MAIER "La policía raramente ordenará los registros por una resolución antes documentada por escrito, pues opera casi siempre por razones de urgencia"<sup>11</sup> y teniendo en cuenta que dicha medida procesal afecta la dignidad personal, la integridad física, el derecho a la libertad de movimiento, etc.; se debe ser estricto en las medidas que la autorizan y debe darse aviso inmediato en principio al representante del Ministerio Público, y este al órgano judicial competente para su confirmatoria; situación que en la práctica genera innumerables abusos toda vez que el accionar referido no se circunscribe a ese estado de sospecha objetiva que la ley exige.

<sup>11</sup>. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal, Tomo I fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.



Lo mencionado anteriormente no puede ser minimizado, toda vez que se encuentran en juego derechos constitucionalmente garantizados plenamente. Con respecto a este tema, cabe traer a escena alguna de las medidas –a manera de ejemplo–: el allanamiento, toda vez que nuestra Carta Magna establece la inviolabilidad del domicilio y para su procedencia requiere la orden judicial, la cual puede dispensarse en caso de mediar consentimiento expreso de quien tuviera derecho a excluir del domicilio o por una causa de urgencia.

La realidad nos muestra que el personal policial no respeta el contenido mínimo de los protocolos<sup>12</sup> aprobados por el nivel competente para actuación en medidas de allanamiento, incautación, registro de personas y cosas, etc., toda vez que se configuran casos de irrupción violenta injustificada, no se pone a resguardo a los menores presentes, se producen maltratos verbales y/o físicos y se generan destrozos en los inmuebles allanados, es preciso que estos protocolos se cumplan tal cual, pues para eso se hicieron, entre estas tenemos alguna de ellas: Manual de Derechos Humanos aplicados a la función policial; Manual de Procedimientos Operativos Policiales-2012; Protocolos de Trabajo conjunto entre el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú; Protocolos de Actuación Conjunta entre la Policía Nacional del Perú, Ministerio Público y los Órganos Jurisdiccionales del Poder Judicial en la Lucha Eficaz del Crimen Organizado; Protocolo de Actuación Interinstitucional para el Proceso Inmediato en casos de Flagrancia, entre otros.

Al respecto diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional, se han preocupado por estos temas, poniendo más aún de relieve la importancia de velar por el respeto de las garantías establecidas en la Constitución Política, en este sentido cabe mencionar el Pacto de San José de Costa Rica que en su artículo 11 -2- expresa “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas, en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”; la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 12 dispone “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 17 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

**DECIMO PRIMERO:** Finalmente, “Cabe precisar también, que es posible que por la posición asumida [por este Juzgador] se califique a muchos magistrados como garantistas en exceso, exigiéndonos cuidar menos las garantías constitucionales de unos pocos y, por el contrario, asegurar la tranquilidad de las mayorías que se consideran afectadas por la perpetración de ilícitos penales, pero es en el respeto de los principios penales y procesales en que se funda un Estado de Derecho Constitucional, que con sus defectos es el mejor sistema de gobierno y control social”<sup>13</sup>.

Por tales consideraciones administrando justicia a nombre del pueblo, amparado en el primer párrafo del artículo 138 la Constitución Política del Perú de 1993 el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, **SE RESUELVE:**

<sup>12</sup>. Un ejemplo en la legislación comparada: El “Protocolo de actuación para la realización de Allanamientos y requisas personales”, el “listado de elementos para Allanamientos”, la “recolección, embalaje y etiquetado de distintos indicios”, aprobado por Resolución 275/2016 de fecha 24 de junio de 2016, por el Ministerio de Seguridad – Argentina.

<sup>13</sup>. Voto del Señor Juez Supremo Rodríguez Tineo, Recurso de Nulidad N.º 3182-2012/Callao.



**UNO: DECLARAR INFUNDADO**, el requerimiento fiscal de confirmatoria judicial de incautación de bienes, instada por el representante del Ministerio Público – Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas sede Huancayo, en la investigación preliminar seguida contra Rubén Alejandro Molina Manzano y Manuel Alexander Deleca Hernández, inmersos en la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas y otro en agravio del Estado peruano.

**DOS: EXHÓRTESE**, al representante del Ministerio Público cumplir acabadamente con las normas procesales vigentes, que son de orden público, por ende, de cumplimiento imperativo.

**TRES: NOTIFIQUESE**, en el día bajo cargo y responsabilidad.