

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL ESPECIAL**

N° 05-2014 “1” - Resolución Final

Lima, diecisiete de junio de dos mil catorce

VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por los Representantes Legales de Maquinarias Jaam Sociedad Anónima, Representaciones Jaam Sociedad Anónima, Copy Depot Sociedad Anónima y Digital Copier Solution Empresa Individual de Responsabilidad Limitada; contra el auto obrante a folios ciento noventa y uno emitido por el Juez Supremo de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; que declaró fundado el requerimiento de allanamiento con descerraje, registro de inmuebles, secuestro e incautación de bienes que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso de cuerpos de delito y otros, y a su ampliatoria, solicitada por el Fiscal de la Nación José Antonio Peláez Bardales en los inmuebles donde funcionan las empresas Maquinarias Jaam Sociedad Anónima, Representaciones Jaam Sociedad Anónima, Copy Depot Sociedad Anónima y Digital Copier Soluticon Empresa Individual de Responsabilidad Limitada; fundado el requerimiento de exhibición y secuestro (incautación instrumental) de documentos contables y administrativos; y, fundado el requerimiento de incautación de los equipos informáticos en los que se almacenen los documentos contables y administrativos que se encuentren en los inmuebles mencionados, en la investigación que se le sigue a Julio Cesar Gago Pérez por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Negociación Incompatible y Patrocinio Ilegal en agravio del Estado; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal;

Interviene como ponente la señora Jueza Supremo **Elvia Barrios Alvarado**.


1. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los representantes legales de las Empresas Maquinarias Jaam Sociedad Anónima, Digital Copier Soluticon Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, y Representaciones Jaam Sociedad Anónima en sus recursos de apelación obrantes a folios doscientos veintiocho, doscientos cincuenta y nueve y doscientos ochenta y cinco, respectivamente, coinciden en señalar:

- a) Que, la resolución impugnada ha trasgredido las reglas del debido procedimiento en las diligencias preliminares, en tanto, se ha dictado una medida limitativa de derechos sobre una serie de domicilios de personas jurídicas que no se encuentran comprendidas dentro de la investigación preliminar ni como imputados ni como sujetos pasivos de la investigación, pues el único investigado es el Congresista Julio César Gago Pérez, más aun cuando la calidad que ostentan es la de testigos, por lo que si el Ministerio Público quería afectar los derechos fundamentales de personas no sometidas a investigación tenía primero que cambiar la situación jurídica de los mismos; agrega que, en el peor de los casos, si se admitieran que las medidas limitativas de derechos puedan recaer sobre terceros ajenos a la investigación preliminar o la investigación preparatoria previamente deberá de existir una especial fundamentación en donde de manera específica y clara se aborde dicho tema a fin de volver proporcional y adecuado la afectación a derechos fundamentales.
- b) Por otro lado, se ha violado el principio de pertinencia y relevancia de las pruebas debido a que el pedido y la autorización de allanamiento no guarda relación directa con los presuntos



hechos de relevancia penal y que son materia de investigación ni pueden acreditar que tanto las Empresas Maquinarias Jaam Sociedad Anónima, Digital Copier Soluticon Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, y Representaciones Jaam Sociedad Anónima hayan intervenido en algún proceso de contratación estatal o que el investigado Julio César Gago Pérez se haya interesado, ya sea llamando, conversando o direccionando a través de un funcionario público sobre algún proceso de contratación estatal, por lo que la medida limitativa decretada resulta ser impertinente, irrelevante e innecesaria a fin de acreditar los elementos del tipo penal de negociación incompatible o patrocinio legal. Que, la prueba esencial en los hechos investigados no se logra obtener con la diligencia de allanamiento, sino que ésta debe residir en testimonios de algún funcionario público que declare que el Congresista Julio César Gago Pérez le haya pedido direccionar los procesos de contratación a favor de la Empresa Copy Depot o cualquier otra empresa. Aunado a ello, se tiene que las medidas de allanamiento, secuestro e incautación de las empresas Maquinarias Jaam Sociedad Anónima, Representaciones Jaam Sociedad Anónima y Digital Copier se han producido pese a que no existe ninguna sindicación formal o material de que estas empresas hayan contratado con el Estado a partir de julio de dos mil uno, fecha en la que el investigado Julio César Gago Pérez asumió el cargo de Congresista.

- 
- c) Finalmente, alegan que existe una evidente y manifiesta vulneración del principio de proporcionalidad en tanto no existe fundamentación que desarrolle este principio, y además que justifique la medida de allanamiento, más aun cuando existen otras menos gravosas y de menor aflicción como son: la exhibición de documentos, solicitud de entrega de documentos en un plazo y forma determinado. Así mismo aprecian que el artículo doscientos catorce del Código Procesal Penal establece que los supuestos de procedencia del allanamiento se dan cuando existan riesgo de que las pruebas sean destruidas o modificadas, sin embargo, en el presente proceso -arguyen- no existe prueba alguna de tal peligro, motivos por los cuales hacen que la medida de allanamiento sea inconstitucional por desproporcional.

Por su parte, el Gerente General y Apoderado Legal de Copy Depot Sociedad Anónima Cerrada en su recurso de nulidad fundamentado a folios trescientos catorce, alega en adición:

- a) En cuanto a lo establecido en el artículo doscientos tres inciso dos del Código Procesal Penal no se cumplió con la exigencia de correr traslado al afectado de la orden de allanamiento.
- b) Asimismo, señala que la Fiscalía de la Nación no tiene competencia funcional para solicitar la medida de allanamiento.
- c) La resolución apelada no ha cumplido con motivar y señalar cuáles son los indicios graves que determinaron que en el local de Copy Depot se encontrarían documentación relevante penalmente.

Finalmente, en audiencia pública de fecha veinte de mayo del año en curso, la defensa de las empresas impugnantes, añadieron un agravio adicional, cuya validez o invalidez por la extemporaneidad de su formulación será también objeto de pronunciamiento, residido en la incompetencia del Juez que emitió la medida de allanamiento impugnada, alegando en sustento de ello que el Fiscal de la Nación y el Juez que amparó la medida sustentan las reglas de la investigación preliminar en la Ley número veintisiete mil trescientos noventa y nueve -Ley que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley número veintisiete mil trescientos setenta y nueve tratándose de los funcionarios comprendidos en el Artículo noventa y nueve de la Constitución- cuyo artículo dos estipula que el Fiscal de la Nación solicita las medidas

limitativas de derechos al Vocal Titular menos antiguo de la Sala Penal de la Corte Suprema, y quien expidió la resolución autoritativa del allanamiento fue un Juez Provisional de la Corte Suprema. Agrega que a tal disposición subyacen razones materiales sustentadas en la calidad de Alto Funcionario del Estado y que por ende el legislador ha buscado una imparcialidad reforzada o máxima para el caso de las medidas limitativas, una doble garantía de protección de sus derechos, a fin que no se diga que se intervienen los derechos fundamentales de manera excesiva por presiones políticas. En consecuencia, al no haberse respetado dicha regla de competencia, el recurrente considera que se ha vulnerado el principio de legalidad, y, por ende, corresponde declarar la nulidad de la medida.

2. PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL:

2.1. Antecedentes de la impugnación

1. Mediante escrito de fecha dieciocho de marzo de dos mil catorce, el Fiscal de la Nación hace el requerimiento al Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria para el allanamiento con descerraje, incautación y otros, de los inmuebles donde funcionan las empresas Representaciones Jaam S.A., Copy Depot S.A. y Maquinarias Jaam S.A.
2. Mediante escrito de fecha dieciocho de marzo de dos mil catorce, el Fiscal de la Nación amplía el requerimiento al Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria para el allanamiento con descerraje, incautación y otros, del inmueble donde funciona la empresa Digital Copier Soluticon E.I.R.L.
3. Con fecha veinte de marzo de dos mil catorce, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria notifica a la Fiscalía de la Nación la Resolución número uno de fecha veinte de marzo de dos mil catorce que declaró fundado el requerimiento de allanamiento con descerraje y otros, en el curso de la investigación preliminar seguido contra el Congresista de la República Julio Gago Pérez por el presunto delito de Negociación Incompatible Patrocinio Ilegal, y dispone autorizar por el plazo de setenta y dos horas al Fiscal de la Nación la realización de las medidas concedidas.
4. Con fecha veinte de marzo de dos mil catorce a horas quince se llevó a cabo por un grupo de Fiscales adscritos al despacho de la Fiscalía de la Nación -Área de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales- las diligencias de descerraje, allanamiento y registro domiciliarios.
5. Con fecha veintiuno de marzo de dos mil catorce a horas catorce se llevó a cabo por un grupo de Fiscales adscritos al despacho de la Fiscalía de la Nación - Área de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales - las diligencias de allanamiento, registro e incautación.

2.2. RESPECTO A LA COMPETENCIA DEL JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA QUE DICTÓ LA MEDIDA.

Corresponde dar respuesta primero a los agravios que cuestionan la competencia el Juez que emitió la medida limitativa impugnada al constituir éste un presupuesto procesal subjetivo del que dependen la validez de los actos procesales emitidos, y, por ello, previo a todo análisis de fondo.

Respecto a la necesidad de absolver este extremo de los agravios, debemos señalar que, aun cuando en la audiencia de apelación las partes en oposición - hayan señalado razones para rechazar esta pretensión nulificante de manera liminar por haber sido expuestos extemporáneamente -*aspecto táctico-procesal respecto del cual llevan razón*- la pertinencia de



su absolución judicial reside en la obligación de todo Tribunal de verificar de oficio, cuando pudiere considerarse manifiesto, la presencia de vicios trascendentes relacionados a los requisitos necesarios exigidos por la ley para que pueda ser válido un proceso o un pronunciamiento judicial, Couture señala con gráfico exceso que "... la capacidad de las partes y la investidura del juez son condiciones mínimas de procedibilidad. Los incapaces no son hábiles para accionar (...) Los no jueces no tienen jurisdicción; los que acuden ante ellos lograrán nunca hacer nada que llegue a adquirir categoría de acto jurisdiccional"¹. Ello no quiere decir que el juicio de competencia deba ser exhibida en toda resolución judicial, sin embargo, los argumentos expuestos por la defensa impugnante resaltan la existencia de una norma legal que hace mención a una competencia especial en las diligencias preliminares contra Altos Funcionarios que fuerza un pronunciamiento oficial a efectos de despejar las dudas que sobre ella puedan generarse, en especial dada la trascendencia consecuencialista que su interpretación puede causar en razón a su alcance a procedimientos de investigación socialmente sensibles por comprender a Altos Funcionarios de la República.

Ahora bien, los recurrentes señalan en buena cuenta que el Juez de la Investigación Preparatoria que dictó la medida limitativa de derechos no es competente dado que la Ley veintisiete mil trescientos noventa y nueve estipula que éste debe ser un Vocal Supremo Titular - el menos Antiguo- y no uno provisional, como sucedió en el presente caso. Al respecto, existen tres razones por las que no resulta admisible dicho agravio: uno relacionado a la vigencia de la norma en cuestión, al entrar en oposición con el Nuevo Código Procesal Penal de data posterior; otro de carácter material, sustentado en la irrazonabilidad de una distinción del principio de imparcialidad supeditado a la condición de titular o provisional de un Magistrado de la Corte Suprema respecto a la dación de medidas limitativas de altos funcionarios, que afecta la lógica procesal impuesta por una Ley Superior como la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, finalmente, el referido a la ausencia de ajuste entre el supuesto normativo invocado y la facticidad del caso.



En cuanto a las razones resididas en la vigencia de la norma invocada, se aprecia que la Ley veintisiete mil trescientos noventa y nueve, que regularía una norma especial de competencia frente a requerimientos de medidas limitativas de derechos de altos funcionarios, fue expedida en el año dos mil uno, mientras que el Nuevo Código Procesal Penal, que no regula competencia similar, fue dada en el año dos mil cuatro y entró en vigencia en el año dos mil seis, y para el caso de la investigación de delitos de corrupción de funcionarios entró en vigencia el quince de enero de dos mil once, y que en el numeral tres, de su Tercera Disposición Derogatoria establece quedan derogadas: **“TODAS LAS LEYES Y DISPOSICIONES QUE SE OPONGAN A LA PRESENTE LEY”**. Los recurrentes alegan que no existe entre la norma de competencia de la Ley especial y las que rigen el Nuevo Código Procesal Penal algún tipo de oposición, en razón a que en este último no regula la actuación del Fiscal en la investigación preliminar para altos funcionarios, por lo tanto, operaría una relación de complementariedad. Al respecto, este Tribunal estima que si bien existe una relación de complementariedad, lo es circunscrito a la validez de las actuaciones del Fiscal de la Nación como competente titular de la investigación preliminar del delito contra Altos Funcionarios, los plazos, la facultad de denuncia constitucional (artículo uno) y la autorización de solicitar medidas limitativas de derechos (artículo dos), allí reguladas, pero no así respecto a la competencia del Juez que decidirá sus requerimientos, puesto que respecto a ello si existe oposición con el Nuevo Código Procesal Penal, donde ya no es el Juez de Instrucción, sino el Juez de Investigación Preparatoria él que deberá decidir ello, lo que se entiende de una interpretación sistemática de las normas que regulan el cuerpo normativo en mención. En efecto, debe acotarse en principio que en el Nuevo Código Procesal Penal las

¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Depalma. Buenos Aires, Argentina 1997, p. 104.



actuaciones preliminares del Fiscal rigen en una lógica comunicación con el Juez de la Investigación Preparatoria, así por ejemplo sucede con la Detención preliminar judicial (artículo doscientos sesenta y uno apartado uno), la Detención Preliminar Incomunicada (artículo doscientos sesenta y cinco apartado uno), la Convalidación de la Detención (artículo doscientos sesenta y seis apartado uno), Incautación (artículo trescientos dieciséis apartado uno y trescientos dieciséis apartado dos, concordado con el artículo trescientos diecisiete apartado uno), ya en el apartado del proceso común se establecen múltiples relaciones entre las **actuaciones del Fiscal en diligencias preliminares con la competencia del Juez de la Investigación Preparatoria**, así el artículo trescientos veintitrés apartado dos, señala que “*El Juez de la Investigación Preparatoria, enunciativamente, está facultado para: (...) b) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y -cuando corresponda- las medidas de protección; (...) y, el controlar el cumplimiento del plazo en las condiciones fijadas en este código*”, el artículo trescientos treinta y cuatro apartado dos, estipula también “*Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante*”; entre otras normas que en el mismo sentido permiten establecer que las diligencias preliminares en el contexto del nuevo proceso penal están vinculadas al Juez de la Investigación Preparatoria. Ahora, en lo que respecta al proceso especial contra Altos Funcionarios se debe tener en cuenta que el **Artículo cuatrocientos cuarenta y nueve del Código Procesal Penal Disposiciones aplicables, señala que**: “*El proceso penal contra los altos funcionarios públicos taxativamente designados en el artículo noventa y nueve de la Constitución por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en él, se regirá por las reglas del proceso común, salvo las que se establecen en este Título*”; y se debe atender especialmente a que, en el numeral tres del artículo cuatrocientos cincuenta se consigna únicamente que el Juez competente es el **Vocal Supremo de la investigación Preparatoria**, no regulándose si éste debe tener la condición de titular o provisional. En consecuencia, una interpretación sistemática nos lleva a concluir que la comunicación de las actuaciones del Fiscal Nación en las diligencias preliminares seguidas contra Altos Funcionarios, se lleva a cabo con el Juez de la Investigación Preparatoria del Nuevo Código Procesal Penal, cuyas reglas de competencia se circunscriben a lo estipulado en él, y éstas no le exigen una condición irrazonable de imparcialidad reforzada de ser titular en el cargo.

La inconcebible de dicha interpretación está vinculada a razones materiales para no considerar extendible, en la lógica del Nuevo Código Procesal Penal, que la titularidad en el cargo de Juez Supremo sea condición alguna para el conocimiento de investigaciones preliminares contra Altos Funcionarios. En lo sustancial, resulta a todas luces, irrazonable que el legislador haya buscado una imparcialidad reforzada para la imposición de medidas limitativas contra Altos Funcionarios, y no respecto a su juzgamiento, cuando políticamente más relevante es una condena a privación de libertad que un allanamiento judicial. Rompe pues con la propia estructura organizativa del Poder Judicial, regida por su Ley Orgánica y la Ley de Carrera Judicial, que fijan la posibilidad de que un Tribunal Supremo esté integrado también por Jueces Provisionales -quienes a tal fin, claro está, deberán cumplir determinadas condiciones estipuladas en la Ley-, sin que se señale restricción alguna en tal condición para el conocimiento de determinados procesos, tanto más cuando se trate de la resolución de una medida limitativa de derechos, cualitativamente menos invasiva en los derechos de un imputado que la de aquellas referidas a la imposición de una pena en la cual no opera dicha regla competencial. Además, es menester señalar que la imparcialidad e independencia judicial del Juez no se encuentra

supeditada a la condición de titularidad, status o régimen laboral, en tanto el Juez Supremo Provisional es un Juez de carrera -al igual que el Juez Supremo Titular- por lo que resulta un error señalar que la provisionalidad de un Juez no es suficiente para garantizar la imparcialidad judicial, pues admitir ello sería admitir que cuando un Juez ejerce el cargo en condición de titular lo hace con independencia por su designación oficial y cuando es provisional no se da ello.

Finalmente, debe anotarse una cuestión que parece haberse perdido de vista (vinculado a la tercera razón de rechazo de este agravio), esto es, que la medida limitativa de allanamiento, si bien dirigida por el Fiscal de la Nación, en razón a la accesoriedad con el objeto de investigación que está dirigido contra un Alto Funcionario del Estado [principio de accesoriedad), ha circundado el derecho a la inviolabilidad de domicilio de una empresa particular que, obviamente, no tiene las prerrogativas concedidas constitucionalmente al legislador, y por ende no podría arrogarse los refuerzos en garantías competenciales que erróneamente alude el recurrente. Pues incluso, como bien indicó la defensa de Maquinarias JAAM S.A. el artículo dos de la citada Ley veintisiete mil trescientos noventa y nueve, prohíbe la aplicación de las medidas limitativas de derechos reguladas en la Ley veintisiete mil trescientos setenta y nueve a los funcionarios mencionados en el primer párrafo del artículo noventa y tres de la Constitución, esto es, a los Congresistas de la República, razón por la cual, la medida al recaer en persona jurídica, es válida, no habiendo razones para extender las prerrogativas de aquél a las condiciones ordinarias de ésta. En consecuencia, el Magistrado que autorizó el allanamiento domiciliario era el competente, por lo que corresponde rechazar la pretensión nulificante de los recurrentes.



2.3. Del Allanamiento domiciliario de terceros no investigados.

Los recurrentes han objetado de forma constante la medida limitativa impuesta a sus representadas sobre la base de no haber sido comprendidas en la investigación preliminar en calidad de investigadas, sino en calidad de testigos. Lo que, a su juicio, determinaría que no pueden ser afectados en sus derechos por ningún tipo de medida limitativa, pues ésta solo puede recaer sobre imputados o investigados y no respecto a terceros. Insistiendo en la necesidad de que sean comprendidos como investigados para poder ejercer su derecho de defensa.

Al respecto, se debe centrar que el derecho que los recurrentes consideran vulnerado es el de inviolabilidad de domicilio de las personas jurídicas que representan, por la imposición de una inválida medida de allanamiento de sus domicilios comerciales. Sin embargo, no advierte que el principio de sospecha que rige la validez de dicha medida no radica en un criterio subjetivo, referido al titular de la propiedad allanada, sino en uno objetivo que alude a que en él (domicilio) se encontrarían "(...) bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación" (artículo doscientos catorce apartado uno del NCPP) vinculadas a un hecho delictivo (en general). Lo consignado en el artículo doscientos dieciséis apartado uno del NCPP, en cuanto refiere que "*Al iniciarse la diligencia se entregará una copia de la autorización al imputado...*" no invalida nuestra interpretación -por demás, clara de la norma-, puesto que ello está referido a los casos en que el domicilio intervenido corresponda con la del sujeto investigado, de lo contrario la norma no establecería a continuación "... o a quien tenga la disponibilidad actual del lugar", fíjese que no distingue en qué calidad se disponga del lugar -v.g. podría ser en calidad de arrendatario, y en dicho caso, sería titular del derecho a la inviolabilidad de domicilio-, siendo lo relevante de esta norma la obligación de informar que se procede por mandato judicial A mayor abundamiento, se puede señalar que la restricción de derechos de personas ajenas al proceso no es privativo del allanamiento, pues por ejemplo el artículo doscientos noventa y cinco apartado uno del NCPP contempla la posibilidad de requerir y que se acepte la medida de impedimento de salida del país

contra testigos importantes. En suma, la norma regula un ámbito de intervención estatal objetivo, al margen de la condición o calidad del sujeto que lo detente, ya sea imputado, investigado o testigo -éste último término, aludido por los recurrentes, resulta por cierto absolutamente impropio con la personería jurídica de las empresas afectados-.

Si después de ello, además, en el curso de la investigación se encontrara elementos de convicción que revelarían la participación dolosa del titular del domicilio intervenido, será su eventual incriminación la que requeriría su incorporación formal como investigado. De tal modo que, aun cuando dentro de la propia hipótesis de investigación del representante del Ministerio Público pudiera caber que las empresas intervenidas también estuvieran vinculadas al delito y correspondiera su investigación formal, la oportunidad en que se verifique en nada afecta a la validez de la medida limitativa adoptada, de modo que no reviste de ninguna trascendencia al objeto de lo decretado que se discuta si el Fiscal de la Nación debió incorporar o no a las empresas en su investigación preliminar, previo al requerimiento del allanamiento.

Desde una perspectiva constitucional -continuamente aludida por el abogado Castillo Alva al referirse a un Estado de Derecho- conviene insistir en que no debe perderse de vista que el derecho fundamental que se alega no está vinculado al derecho de defensa de la persona jurídica, sino a su derecho a la inviolabilidad de domicilio. Este como cualquier otro se encuentra limitado, y, particularmente en su caso, expresamente limitado conforme a lo establecido en el numeral nueve, del artículo dos de la Constitución Política del Estado, que a la letra señala: "Toda Persona tiene derecho: (...) *A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley*". Lógicamente, al Mandamiento Judicial le preceden circunstancias materiales que operan en la misma dirección de los otros límites -flagrante delito, muy grave peligro de su perpetración, no tanto los motivos de sanidad y de grave riesgo-, esto es, la posibilidad del Estado de cumplir con los fines también constitucionales de Seguridad -el que lógicamente incluye el de persecución e investigación del delito como medios para su consecución-, conforme lo dispuesto en el artículo 40 del texto constitucional, y, vale recalcar que nada dice de la calidad del titular del derecho respecto al proceso de investigación. Es bajo tal perspectiva normativa que no puede considerarse que la ausencia de incorporación formal en una investigación, más vinculado a un derecho procesal (de defensa) que a uno material como el de inviolabilidad de domicilio, sea impedimento para que el Estado en ejercicio de una potestad constitucional cumpla con los fines que la propia carta fundamental le ordena y que como tal se halla inscrita como límite del propio derecho fundamental en mención.

Por lo que, ante la pregunta formulada en audiencia de la defensa de las empresas recurrentes, respecto a si ¿En un Estado de Derecho la Fiscalía de la Nación pueda golpear (afectar) a alguien en sus derechos sin que tenga la condición de investigado y sin posibilidad de defenderse? Debe partirse por establecer si realmente existió vulneración al derecho a la inviolabilidad de domicilio. En un caso como el propuesto consideramos que ello no se produjo -las razones al respecto serán objeto del examen del acápite siguiente-, porque el mismo no implica un ejercicio a espaldas de la actuación de los fines del Estado, y sus límites expresamente consignados en la Constitución lo confirman, al estar regidos (todos) por la misma lógica: se ejercen, no desde una perspectiva meramente individualista, sino desde una idea de derecho fundamental de sociedad, **"Puesto que el hombre desde siempre es persona 'inserta en una conexión social', todos los**



derechos fundamentales sin excepción poseen un aspecto institucional"², "...el principio básico de la dignidad del hombre coloca su fundamento no en el individuo en su propia esfera individual, sino en el hombre en relación con los otros hombres (...) libertad como libertad en la polis"³. De tal modo que el correlato de los límites y el contenido de los derechos fundamentales será el producto de una evaluación de conjunto que comprenda la totalidad de los valores constitucionales comprometidos, así pues "para determinar el contenido de los límites de un derecho fundamental, es necesario reflexionar sobre su función social"⁴. Ello permite sostener que el derecho en cuestión alberga un —espacio de actuación del Estado conforme a sus fines y, desde luego, dentro de parámetros constitucionales de no arbitrariedad y proporcionalidad; fines que, por cierto, determinados por los propios individuos libres e iguales, redundan precisamente en el objetivo de que los ciudadanos, gracias al combate de la criminalidad, tengan la posibilidad de un mejor ejercicio de sus derechos individuales -vida, propiedad, integridad, derechos sociales, etc.-. Este es el fin instrumental del Estado, siempre en la lógica de la Supremacía de la Persona Humana. Ningún derecho fundamental puede, en consecuencia, tener como propósito impedir la acción persecutora del crimen por parte del Estado, o peor aún, ejecutar un delito -que es propiamente un acto de lesión en contra de los demás, límite al ejercicio de cualquier derecho fundamental-, un ejercicio en tales circunstancias constituye el ejercicio extralimitado de un derecho fundamental, y, en consecuencia, no es posible una invocación de reguardo por las garantías y reglas que protegen su ejercicio constitucionalmente concebido.

Por ello, y las razones que más adelante expondremos, podemos afirmar que el derecho no ha sido vulnerado, sino que el Estado ha actuado fuera de sus contornos (dentro de sus límites), en el espacio que constitucionalmente se haya habilitado a incidir, y que, precisamente en un Estado Constitucional de Derecho, el titular está llamado a tolerar. En consecuencia, en respuesta a la pregunta formulada por la defensa de las empresas, debe precisarse (y afirmarse) que en un modelo de Estado Constitucional no cabe afectar los derechos de ninguna persona, ya sea que tenga la calidad de tercero ajeno a la imputación o, incluso (y sobretodo) cuando tenga la calidad de investigado. La cuestión reside en identificar cuando la actuación del Estado constituye **un ejercicio constitucionalmente correcto del contenido del derecho**; o, dicho de otro modo, -cuando nos encontramos dentro de un ejercicio regular de un derecho (en el caso de una persona) y de una potestad a la que subyace un fin constitucional (en el caso del Estado) o cuando ese ejercicio es extralimitado. Lo señalado aquí es que el Estado, en su potestad de investigación y persecución del delito, actuó dentro de los límites que el derecho individual objeto de examen le permite.

Pensar -como uno de los abogados recurrentes expuso- que quien ha sido objeto de intervención domiciliaria (ajustada a derecho) debiera corresponderle alguna acción contra el Estado con algún pronóstico de éxito, es tan igual que considerar que lo mismo se le reconoce al propietario del domicilio donde un efectivo policial irrumpió, sin su permiso, para capturar al bandido que instantes antes fue hallado en flagrancia delictiva.

Asimismo debe aclararse que la razonabilidad de la autorización judicial de allanamiento no está (ni puede estar) vinculado al resultado de la diligencia; poco importa para considerar que se ejerció una potestad constitucional dentro de los límites de un derecho fundamental que se haya obtenido o no información incriminatoria, pues su examen de razonabilidad corresponde a un

² HÁBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Traducido del italiano, título original: *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, NIS, Roma, 1993., Lima, 1997, p. 185.

³ HÁBERLE, *La libertad fundamental...*, op. cit. p. 36.

⁴ *Ibidem*, p. 61.



estadio anterior; lo trascendente es que la búsqueda de pruebas en la investigación preliminar y la autorización judicial que habilita el allanamiento halla operado bajo indicadores constitucionalmente razonables, guiado por un principio de sospecha habilitante.

2.4. De la proporcionalidad en la aplicación de la medida de allanamiento

Un agravio que conglomeraba una pluralidad de fundamentos de la defensa de las empresas recurrentes es el referido a la violación del principio de proporcionalidad, criterio que rige garantía de validez para la aplicación de las medidas limitativas de derechos.

Vale decir que el mandato judicial de limitación de derechos exige circunstancias materiales que no se limitan a la verificación del principio de proporcionalidad, o por lo menos así no lo regula la norma procesal. Veamos, el legislador, recién en el dos mil cuatro, ha señalado como límite a la autoridad jurisdiccional para autorizar el ingreso a un domicilio determinadas circunstancias que se desprenden de la interpretación sistemática del artículo doscientos catorce apartado uno y doscientos tres del Nuevo Código Procesal Penal, estos son: generales a toda medida limitativa: **a)** deben realizarse con arreglo **al principio de proporcionalidad** y en la medida que existan suficientes elementos de convicción, específicos del allanamiento: **b)** que **existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado** o alguna persona evadida, **o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación** (...) siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función. A éstas podríamos agregar a tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad entre la acción policial a ejecutarse (o ejecutada): **c)** la gravedad de la infracción **f)** el grado de injerencia en el derecho fundamental que se requiere y **g)** la fuerza probatorio de los elementos que pudieren ser obtenidos tras la intromisión en el derecho fundamental. Todas estas circunstancias materiales deben de encontrarse presentes para que el Juez dicte la autorización correspondiente.



Los agravios se limitan al principio de proporcionalidad, en sus diferentes subcriterios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha. Sin embargo, este esquema argumentativo prescribe pautas, pero no por ello puede considerarse que porque una resolución judicial no sigue con rigidez el esquema planteado, de sus fundamentos no se puedan extraer elementos que integran dicho principio, la falta de claridad respecto a esta distinción puede haber conllevado a que los recurrentes asuman que la resolución no está debidamente motivada conforme a este principio. Sin embargo, ello no es correcto, como veremos a continuación.

3.4.1. Del Sub principio de Idoneidad: Pertinencia Probatoria

El sub principio de idoneidad estaría gobernado a su vez por la exigencia de pertinencia que rodea a la prueba. En efecto, si lo que se persigue con la medida de allanamiento (e incautación) es la obtención de determinada información probatoria, para que la medida sea idónea, debe estar relacionada con el objeto de prueba, y éste a su vez estar tipificado como delito -esto último, sin olvidar la naturaleza mutable y siempre provisorio de la calificación jurídica efectuada por el representante del Ministerio Público-. Desde esta perspectiva, los recurrentes han alegado que la medida de allanamiento recaída en las empresas recurrentes no guarda relación con hechos de relevancia penal.

Sin embargo, se ha podido verificar que tanto el requerimiento del Fiscal como la resolución impugnada, precisan con detalle de una adecuada correspondencia -pertinencia y relevancia- de la medida de allanamiento con relación al objeto de investigación planteado como hipótesis fiscal, ésta que a su vez, se halla razonablemente construida sobre plurales elementos de convicción. En razón a los agravios formulados en la audiencia de apelación, es menester señalar

que dentro de la teoría del caso, la materia probatoria en los delitos de negociación incompatible y patrocinio ilegal que se atribuyen al investigado Gago Pérez, tiene una configuración compleja que no puede circunscribirse a la obtención de pruebas directas que incidan en el núcleo típico - como refiere la defensa de una de las empresas recurrentes al indicar que la prueba esencial en los hechos investigados no se logra obtener con la diligencia de allanamiento, sino que ésta debe residir en testimonios de algún funcionario público que declare que el Congresista Julio César Gago Pérez le haya pedido direccionar los procesos de contratación a favor de la Empresa Copy Depot o cualquier otra empresa-, la pruebas indirectas (indicios) tienen como función establecer una lógica relación de determinados hechos base de los que resulta razonable inferir conclusiones que finalmente acrediten el delito imputado. En el presente caso, el Fiscal investigador, y sobre la base de una hipótesis primaria, ha configurado una investigación de objeto amplio cuya lógica tiene como finalidad indagar en las circunstancias previas (indirectas) que permitirían establecer una dirección de la voluntad del funcionario público comprometido de cometer el núcleo delictivo de los tipos penales en cuestión en razón de una manifiesta intención de seguir contratando con el Estado pese a la existencia de norma expresa que lo prohibía, a cuyo efecto habría organizado una representación empresarial en cadena a través de distintas empresas con el fin de ocultar su verdadera participación e interés en los negocios de Copy Depot. La línea probatoria del Fiscal parte del hecho de que el funcionario investigado es accionista de la empresa Maquinarias JAAM S.A., pero dada la prohibición normativa que le impediría a dicha empresa a contratar con el Estado, habría planeado su participación en negocios con el Estado de manera indirecta, a cuyo efecto se habría valido de empresas vinculadas, indirectamente, a él, dentro de ellas, Representaciones JAAM S.A., Digital Copier Soluticon E.I.R.L. y Copy Depot S.A.; esta última la encargada de contratar con el Estado.



La razonabilidad de las inferencias que de dicho indicios pudieran deslindarse para la acreditación del núcleo del tipo penal, deberán ser evaluadas a la luz de las demás pruebas de cargo y descargo que se recaben, dirigidas desde luego a acreditar si la concreción de la influencia que le confiere el cargo de Congresista determinó la consecución de los distintos contratos celebrados entre Copy Depot con el Estado.

A tal efecto, desde la perspectiva de la investigación propuesta, sostenida en cierta evidencia que se haya en una lógica relación con ella (a cuyo efecto se fijan los siguientes elementos de convicción: i) Copy Depot habría incrementado sustancialmente sus contrataciones con el Estado desde que el investigado asumió el cargo de congresista; ii) treinta entidades que en el dos mil diez contrataron con la empresa JAAM S.A., en el dos mil once contrataron con Copy Depot; iii) Tenorio Gavino Hinostriza y Amando Virgilio Armas Vílchez, fundadores de Copy Depot, son tío y trabajador de confianza de la familia, respectivamente, del Congresista y en años anteriores fueron Directores de la empresa JAAM S.A.; iv) la existencia de audios difundidos donde supuestamente el congresista investigado "explicaría a trabajadores de Maquinarias JAAM una nueva estrategia de ventas a través de la empresa Copy Depot, además habría dado órdenes al Gerente de Copy Depot, Armancio Armas Vílchez, instruyéndolo para la elaboración de la papelería necesaria para que los vendedores coticen a nombre de Copy Depot, asimismo comenta a los trabajadores que debido a su cargo de congresista iban a tener una ventaja o apoyo indirecto, pues por congraciarse con él algunos funcionarios iban a comprar"; v) declaraciones indagatorias de los ex trabajadores de Maquinarias JAAM S.A., entre ellas, las de María Mercado Luna, Víctor Miguel Choque Orellana, Javier Arturo Rodríguez Mantilla, Jorge Antonio Rodrigo Quispe, Barry Elmo Martha Tagle, quienes habrían explicado que el congresista Gago Pérez era quien tomaba todas las decisiones sobre las gestiones de ambas empresas, refiriendo además que maquinarias JAAM S.A. , Representaciones JAAM S.A. y Copy Depot S.A., sería un solo grupo dirigido personalmente por el congresista Gago Pérez y

que todas funcionan en el local de Jirón Lampa y comparten los mismos sistemas administrativos, afirmarían además que se encuentra también otras empresas vinculadas como son digital Copier Solutions E.I.R L. entre otras que fueron creadas para incorporar en sus planillas al personal que en realidad trabajaba para maquinarias Jaam Sociedad Anónima).

De lo antes expuesto se advierte que la medida de allanamiento es absolutamente idónea, puesto que persigue la obtención de prueba documental que confirme lo señalado por los testigos examinados, constituyendo así un eslabón de la cadena probatoria estructurada desde la hipótesis fiscal, que busca establecer una relación material existente entre las empresas que sufrieron la medida de allanamiento y entre éstas y el alto funcionario público comprometido, y con ello reunir elementos que sustenten sus conjeturas respecto al interés del Congresista en cuanto al éxito de la empresa Copy Depot en sus negocios con el Estado.

Esta correspondencia que justifica la idoneidad de la medida de allanamiento son claramente señaladas en la resolución impugnada, cuando en su considerando cinco punto dos, argumenta: "toda vez que el delito que se investiga importa una conducta con impacto sobre la actividad empresarial del investigado y las empresas que se pudieron haber visto implicadas para la perpetración del ilícito, la huellas del actuar delictivo, necesariamente tendrán que ser rastreadas a través de documentos que registran la actividad de tales empresas, que en este caso son (las empresas intervenidas). De este modo toda la información plasmada en documentos, soportes electromagnéticos constituyen valiosos medios de prueba que aún se encuentran bajo la custodia de los titulares de las empresas antes referidas, así las cosas con la información de SEACE sobre el proceso de contrataciones en los que habría intervenido como proveedor la empresas Copy Depot, a la luz de las declaraciones vertidas por los mismos trabajadores de dichas empresas, que tendrían conexión con el investigado, la vinculación de las mismas en el ilícito materia de investigación, justifica las medidas solicitadas por el Ministerio Público, las mismas que resultan útiles para la consecución de las diligencias de investigación y eventual recepción de los medios de prueba de gran, descendencias en la causa seguida contra Gago Pérez. Si la finalidad del allanamiento es encontrar e incautar efectos y/o instrumentos relacionados con la comisión del ilícito investigado se deduce la necesidad de autorizar el allanamiento con descerraje, registro de inmuebles, secuestro e incautación de bienes que pueden servir como prueba o ser objeto de decomiso de cuerpos del delito y otros".



De otro lado, se debe puntualizar que la finalidad de intervención de las empresas Maquinarias JAAM, representaciones JAAM y DIGITAL COPIER, respecto de la empresa Copy Depot, es por ser consideradas instrumentales a los fines del delito de ésta, por lo que carece de todo sentido alegar como lo hace la defensa recurrente que la medida es inidónea porque "Representaciones Jaam SA, Maquinarias Jaam SA o Digital Copier no le han vendido un tarjador, un lapicero, un clip al Estado", como alude la defensa de las recurrentes, pues precisamente el hecho que no lo hayan hecho es base del indicio de que lo efectuarían a través de personas jurídicas interpuestas. Por lo demás, los demás juicios de correspondencia respecto a las relaciones entre dichas empresas y el investigado son desarrollados en el requerimiento del Fiscal de la Nación y sus respectivas ampliaciones (así: i. Entre GAGO PÉREZ y Maquinarias Jaam. -ítems 3.1- 3.4, páginas 3-4 del primer requerimiento ingresado el 19MAR2014; ii. Entre Maquinarias Jaam y Copy Depot. -ítem A, página 4 del primer requerimiento ingresado el 19MAR2014; iii. Entre el congresista y Copy Depot. -ítem B, páginas 4-5 del primer requerimiento ingresado el 19MAR2014; iv. Entre el congresista y Representaciones Jaam. - También ítem B, páginas 4-5 del primer requerimiento ingresado el diez de marzo de dos mil catorce; v. Entre el congresista y Digital Copier Solution. -ítem A, páginas 3-4 del segundo requerimiento ingresado el diecinueve de marzo de dos mil catorce).

3.4.1. Del Sub principio de Necesidad: inexistencia de medida menos gravosa al allanamiento y Peligro Procesal.

El juicio de necesidad de la medida de allanamiento sea estrictamente indispensable para conseguir los medios de prueba que con ella se pretenden, y, a su vez, no exista una medida menos gravosa que permita la consecución del fin en la misma dimensión. En el presente caso los recurrentes alegan que las pruebas que se requerían (fin del allanamiento) era cosible conseguir las a través de otros medios menos gravosos, como por ejemplo una solicitud formal del Ministerio Público, en la medida que existía acreditada disposición de los representantes de las empresas de entregar la documentación que se le requiera y no habían efectuado ningún acto que pueda interpretarse en resistencia a una solicitud formal del Ministerio Público, no pudiendo desprenderse ello de la diligencia de verificación efectuada el 05 de marzo de 2014.

Al respecto, se debe señalar que no debe confundirse los fines perseguidos por la medida de exhibición e incautación forzosa que la que se pretende con la de allanamiento de domicilio. En el caso de la primera, efectivamente el pedido del Fiscal exige previamente una negación del afectado de entregar o exhibir un bien que constituya objeto del delito y de las cosas que se relacionen con él, atento a que incluso si existe peligro en la demora puede actuarse por la sola orden del Fiscal (Artículo doscientos dieciocho, numerales uno y dos del NCPP), además que al tratarse de una exhibición o incautación específica se trata de un objeto perfectamente determinado, pero ésta no es la medida principal decretada, sino la de allanamiento, la misma que señala que en el recinto en que el que se considerara, bajo motivos fundados, que "...se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación" (que es el caso) el Fiscal solicitará el allanamiento, exigiendo únicamente "*...que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto*". Este juicio de probabilidad de denegatoria de acceso al recinto, constituye la lógica de la necesidad de la medida, y el parámetro que rige su lógica viene dado por el nivel de clandestinidad de los bienes delictivos o cosas relevantes que se pretenden encontrar, antes que en la disposición de los tenedores de los mismos, lo que hace razonable establecer los riesgos de su desaparición. En el presente caso, si bien es cierto se pretendía información, comercial, financiera y contable de carácter formal, posible de obtener a través de una solicitud, o una de exhibición o incautación forzosa, se pretendía encontrar, de acuerdo a los señalado por los testigos, documentación que permita establecer una vinculación clandestina entre las empresas intervenidas y entre éstas y el Congresista investigado, y, en general, toda aquella que se vinculara a la propia lógica encubridora de la hipótesis de investigación, residida en una administración encubierta por parte del Congresista, de ahí que se solicitara, por ejemplo, la incautación de los equipos informáticos; por tanto, el riesgo de su desaparición o modificación resulta consustancial al objeto de prueba planteado.

En consecuencia, La información que se buscaba no era como señala la defensa, de acceso público o podía simplemente ser solicitada y entregada sin modificaciones, la conducta que se atribuye se ejecutó a través de estas empresas hacen inviable que se obtuviera intacta a través de un mero pedido formal por parte de las autoridades o que voluntariamente se le abrirían las puertas del recinto para su registro e incautación. Resulta por demás evidente que lo que buscaba el Fiscal, de acuerdo a su hipótesis inculpativa inicial, no era documentación formal y públicamente exhibible, sino aquella que propio de la actividad de encubrimiento pudiera encontrarse en cada una de las empresas y de las que pudiera establecerse su vinculación entre éstas con el investigado. En similar razonamiento, a modo de ejemplo, nos podríamos preguntar ¿qué razón existe en solicitar la exhibición o entrega de la sustancia ilícita al propietario del



inmueble donde ésta se halla escondida? Más allá que después se considere que se había escondido ella sin su conocimiento o que el titular no era el conductor inmediato del inmueble, la razón de su ingreso compulsivo es exigible en razón a la trascendencia de lo que se pretende obtener, a los motivos y evidencias que sostienen la incriminación, y no a su Disposición o colaboración con la justicia.

Sin perjuicio de lo señalado, se debe tener en cuenta que el requerimiento Fiscal, en lógica conexión con la resolución que concedió el pedido, consignaba un antecedente relevante de impedimento que reforzaba el juicio de probabilidad de que el acceso al inmueble sería denegado, constituido por la actitud mostrada por los empleados de la empresa Maquinarias JAAM S.A. y Copy Depot, respectivamente.

Ahora bien, este razonamiento es el que se puede interpretar de lo consignado por el Juez de Investigación Preparatoria que dictó la medida en su considerando 3.4.C, donde expresamente establece que "De los citados elementos de convicción se desprende la necesidad del allanamiento por cuanto existe documentación ubicada en los inmuebles sobre los que el requerimiento, y que corre el riesgo de ser destruida, extraviada o modificada junto con otros posibles medios de prueba, como lo son computadoras, libros discos compactos, filmaciones, etcétera".

Adicionalmente, cabe puntualizar brevemente aquí un aspecto relacionado a la exigencia normativa de "suficientes elementos de convicción", en tanto la defensa de una de las empresas recurrentes ha entendido éste sólo desde la lógica imputativa (lógicamente contra el investigado), esto es, respecto a la vinculación de la persona al hecho incriminado y los indicios de que se ha cometido un determinado evento delictivo -de lo cual existe una pluralidad de elementos de convicción que atañe a uno de los indicios claves desde la lógica de la primaria hipótesis de incriminación fiscal- y no directamente respecto de los que sustenten la medida de allanamiento decretada -que como se ha dejado establecido, puede recaer sobre el inmueble de un tercero-, pues en este último caso, los elementos de convicción deben estar dirigidos, además, a sustentar que en el inmueble en que se efectuará la intervención es viable que se encuentren los bienes objetos del delito u otros de interés para la investigación.

Finalmente, debe señalarse respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, que la superación de los otros principios y el provecho probatoria que ex ante se podría obtener con la medida de allanamiento, registro de inmuebles e incautación documental, se aprecia como más provechosa que la afectación que le puede generar a la empresa el registro en cuestión, que por lo demás ha señalado que no habría tenido ningún inconveniente en acatar.

En consecuencia, se debe considerar que la resolución impugnada, se encuentra adecuadamente motivada y la medida limitativa de derechos decretada razonablemente justificada en un principio de sospecha radicado en plurales elementos de convicción, y, es de este modo, que la actuación estatal aparece como justificada y respetuosa del principio de prohibición de la arbitrariedad, por lo que es del caso confirmarla.

DECISIÓN

Estando a los fundamentos antes expuestos, los miembros integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDARON:**

- I. **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por los Representantes Legales de Maquinarias Jaam Sociedad Anónima, Representaciones Jaam Sociedad Anónima, Copy Depot Sociedad Anónima y Digital



Copier Soluticon Empresa Individual de Responsabilidad Limitada; contra el auto obrante a folios ciento noventa y uno emitido por el Juez Supremo de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

- II. **CONFIRMARON** la resolución que declaró fundado el requerimiento de allanamiento con descerraje, registro de inmuebles, secuestro e incautación de bienes que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso de cuerpos de delito y otros, y a su ampliatoria, solicitada por el Fiscal de la Nación José Antonio Peláez Bardales en los inmuebles donde funcionan las empresas Maquinarias Jaam Sociedad Anónima, Representaciones Jaam Sociedad Anónima. Copy Depot Sociedad Anónima y Digital Copier Soluticon Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.
- III. **CONFIRMARON** la resolución que declaró fundado el requerimiento de exhibición y secuestro (incautación instrumental) de documentos contables y administrativos.
- IV. **CONFIRMARON** la resolución que declaró fundado el requerimiento de incautación de los equipos informáticos en los que se almacenen los documentos contables y administrativos que se encuentren en los inmuebles mencionados, en la investigación que se le sigue a Julio Cesar Gago Pérez por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Negociación Incompatible y Patrocinio Ilegal en agravio del Estado.

S.S.

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

