

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 117-142

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9.939

La incautación como instrumento de búsqueda de pruebas en los delitos contra la administración pública

Seizure as an instrument for searching evidence in crimes against
the public administration

A apreensão como instrumento de busca de provas em crimes
contra a administração pública

MARCELO ALEJANDRO FERNÁNDEZ VÁSQUEZ

Ministerio Público

(Callao, Perú)

Contacto: mfernandezv@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-9212-1384>

RESUMEN

La incautación, en virtud del Acuerdo Plenario n.º 05-2010/-CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú, se divide en (a) incautación con fines probatorios o instrumental (artículo 218 del Código Procesal Penal); y, en (b) incautación con fines de coerción o cautelar (artículo 316 del Código Procesal Penal). En las investigaciones fiscales por delitos contra la administración pública, resulta de vital importancia saber utilizar y distinguir ambas formas de incautación, pues cada caso fiscal tiene hechos y particularidades distintas. En el presente artículo de investigación, se analizará y profundizará sobre la incautación con fines probatorios como un instrumento eficaz en las investigaciones fiscales por delitos contra

la administración pública. Asimismo, se desarrollará el procedimiento a seguir y los principales escenarios problemáticos que pueden suscitarse en su utilización; por ejemplo, la distinción entre una entrega voluntaria de una incautación, si ante todo bien o elemento incautado procede su lacrado y cadena de custodia, la confirmatoria judicial en caso de entrega voluntaria de bienes o documentos públicos, el procedimiento de incautación de documentos no privados, entre otros aspectos.

Palabras clave: incautación; delitos contra la administración pública; investigaciones fiscales, documentos públicos, búsqueda y restricción de derechos.

Términos de indización: sanción penal; derecho penal; procedimiento legal; derecho; derecho constitucional (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

Seizure, by virtue of Plenary Agreement No. 05-2010/-CJ-116 of the Supreme Court of Justice of Peru, is divided into: (a) seizure for evidentiary or instrumental purposes (art. 218 of the Criminal Procedure Code); (b) seizure for coercive or precautionary purposes (art. 316 of the Criminal Procedure Code). In tax investigations for crimes against the public administration, it is vitally important to know how to use and distinguish both forms of seizure, since each tax case has different facts and particularities. This research article will analyze and delve into seizure for evidentiary purposes as an effective instrument in tax investigations for crimes against the public administration, developing the procedure to follow and the main problematic scenarios that may arise in its use; for example, the distinction between a voluntary delivery of a seizure, if first of all seized property or element its sealing and chain of custody proceed, judicial confirmation in case of voluntary delivery of public assets or documents, the procedure for seizure of non-private documents and among others more aspects.

Key words: seizure; crimes against public administration; tax investigations, public documents, search and restriction of rights.

Indexing terms: criminal sanction; criminal law; legal procedure; law; constitutional right (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A apreensão, em virtude do Acordo Plenário n.º 05-2010/-CJ-116 da Suprema Corte de Justiça do Peru, divide-se em: (a) apreensão para fins probatórios ou instrumentais (art. 218 do Código de Processo Penal); (b) apreensão para fins coercivos ou cautelares (art. 316.º do Código de Processo Penal). Nas investigações fiscais de crimes contra a administração pública é de vital importância saber utilizar e distinguir as duas formas de penhora, uma vez que cada processo tributário apresenta fatos e particularidades diferentes. Este artigo de pesquisa analisará e aprofundará a apreensão para fins probatórios como instrumento eficaz nas investigações fiscais de crimes contra a administração pública, desenvolvendo o procedimento a seguir e os principais cenários problemáticos que podem surgir na sua utilização, por exemplo, a distinção entre um entrega voluntária de apreensão, se antes de mais nada se proceder a bem ou elemento apreendido, a sua selagem e cadeia de custódia, a confirmação judicial em caso de entrega voluntária de bens ou documentos públicos, o procedimento de apreensão de documentos não privados e entre outros mais aspectos.

Palavras-chave: convulsão; crimes contra a administração pública; investigações fiscais; documentos públicos; busca e restrição de direitos.

Termos de indexação: sanção criminal; direito penal; procedimento legal; direito; direito constitucional (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 28/02/2024

Revisado: 02/05/2024

Aceptado: 09/05/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

Al representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal, le corresponde dirigir la investigación preparatoria con la finalidad de determinar si el hecho investigado ocurrió o no, su carácter delictuoso, la identificación de los autores o cómplices, entre otros aspectos; todo ello con la finalidad de decidir si se ejerce o no la acción penal ante el Poder Judicial. Para lograr dicho cometido, el fiscal debe utilizar adecuadamente los actos de investigación necesarios (ordinarios o especiales) que le otorga el Código Procesal Penal, con lo cual cumple, además, con los presupuestos para su actuación y los principios generales que inspiran el Código Procesal Penal. Si se realizan actos de investigación aleatoriamente o sin un plan determinado, ello generará que se deje al azar la investigación, lo cual producirá un riesgo de vulneración de la obligación de persecución del delito del Ministerio Público. Por eso, los actores que intervienen en la investigación deben conocer y saber elaborar un plan estratégico de investigación que, según el Plan Estratégico de Investigación de El Salvador (2009), se define como:

una herramienta de planeación, dirección y control de la investigación, elaborado con objetivos claros, concretos, medibles, verificables y posibles de lograr por los fiscales, investigadores y técnicos, conforme a los recursos disponibles, en relación con la conducta punible objeto de investigación, que permite:

- Obtener los medios probatorios que acrediten los elementos estructurales del delito y la responsabilidad o inocencia del procesado.
- Resolver interrogantes sobre lo que se quiere lograr (objetivos), cómo se puede lograr (medios), y con qué se cuenta para lograrlo (recursos).
- Evitar las actividades investigativas no pertinentes, inconducentes e inútiles. (p. 37)

La investigación, por su forma de ejecución, se divide en (a) investigación de despacho; (b) investigación de campo; e, (c) investigación mixta. La primera implica una investigación tradicional de oficina con acopio de documentales, declaraciones y determinadas pericias, ejercida solo por el representante del Ministerio Público, quien elabora el plan estratégico de investigación. En la segunda, se realizan, principalmente, labores de campo, que inician con el liderazgo de la investigación y, por ende, la generación del plan estratégico de investigación por parte de la Policía Nacional del Perú, que cuenta con todo el soporte logístico y técnico para realizar los primeros actos urgentes e inaplazables de investigación en casos de homicidios, robos, usurpaciones, violaciones, etc. En la tercera, existen cuotas de trabajo de despacho y de campo, en las que se generan, en algunas ocasiones, conflictos entre el personal fiscal y policial para liderar y establecer el plan estratégico de investigación. No obstante, lo correcto es que ambas instituciones aporten conocimientos, habilidades y estrategias para lograr una investigación penal efectiva, definida como «aquella investigación que produce resultados de eficiencia, de eficacia y de justicia material», según el Plan Estratégico de Investigación de El Salvador (2009, p. 27).

Para elaborar un plan estratégico de investigación, se debe evaluar el abanico de posibilidades que otorga el Código Procesal Penal en actos de investigación, de los cuales se escogen los más idóneos y eficaces de acuerdo con los hechos que se investigan. Para ello, se debe conformar un equipo de trabajo y establecer objetivos reales y una hipótesis de investigación. En los casos de delitos contra la administración pública, que generalmente son investigaciones mixtas, con trabajo de despacho y de campo, el Ministerio Público, para ejecutar su plan estratégico de investigación, deberá trabajar de manera conjunta con otras instituciones, además de la Policía Nacional del Perú; por ejemplo, con la Contraloría General de la República, la Gerencia de Peritajes del Ministerio Público (peritos contadores, ingenieros civiles, informáticos, etc.), los órganos de control institucional, etc.

De acuerdo con el índice de corrupción establecido por la Contraloría General de la República del Perú (2022, párr. 1), solo en el año 2021 hubo un perjuicio económico estimado por corrupción e inconducta funcional de S/ 24 262 964 827,00 (veinticuatro mil doscientos sesenta y dos millones novecientos sesenta y cuatro mil ochocientos veintisiete soles). Este dato evidencia que la corrupción es una de las principales causas por las que se pierden los recursos económicos del país. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo (2022), desde el 2017 al 2020, los delitos contra la Administración pública con mayor índice de trámite fueron: (a) peculado en un 34 %; (b) colusión en un 31 %; (c) cohecho y negociación incompatible, ambos en 12 %; y, (d) otros delitos de corrupción de funcionarios en 21 %. Ante estas alarmantes cifras, las investigaciones fiscales por delitos de esta naturaleza deben ser lo más prolijas y eficaces posibles a fin de evitar la impunidad y el desmedro patrimonial del Estado.

Por lo tanto, la finalidad del presente artículo de investigación es analizar y profundizar sobre la incautación con fines probatorios como un instrumento eficaz en las investigaciones fiscales por delitos contra la Administración pública. Para ello, se reconocen el procedimiento a seguir y los principales escenarios problemáticos que pueden suscitarse en su utilización; por ejemplo, en la distinción entre una entrega voluntaria de una incautación, si ante todo bien o elemento incautado procede su lacrado y cadena de custodia, la confirmatoria judicial en caso de entrega voluntaria de bienes o documentos públicos, la realización de la diligencia de deslacrado sin presencia de las partes de la investigación, el procedimiento de incautación de documentos no privados, entre otros.

2. SOBRE LA INCAUTACIÓN INSTRUMENTAL O CON FINES PROBATORIOS

Este tipo de incautación está regulado en el título III denominado «Búsqueda de pruebas y restricción de derechos» de la sección II del Código Procesal Penal peruano de 2004. En virtud del Acuerdo Plenario n.º 05-2010/CJ-116 de la Corte Suprema del Perú (del 16 de noviembre

de 2016), sobre esta incautación se puede afirmar que «su función es primordialmente conservativa —de aseguramiento de fuentes de prueba material— y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral» (p. 2). Asimismo, por incautación, se entiende a «aquella intervención física, aprehensión o toma de posesión sobre bienes tangibles e intangibles que se presumen, constituyen objeto, cuerpo, instrumentos, efectos o ganancias del delito en marco de una investigación penal susceptible de ser devuelto», según el Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación de la Incautación, Comiso, Hallazgo y Cadena de Custodia (2018, párr. 1).

Para su ejecución, no solo se deben seguir los presupuestos materiales que lo regulan, sino también los principios generales que rigen para toda medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos¹, como el principio de legalidad, el de proporcionalidad, el de suficiencia probatoria y el de motivación. Respecto al primer principio, para su ejecución, tanto el Ministerio Público como la Policía Nacional del Perú deben seguir y cumplir cabalmente los presupuestos materiales para la ejecución de la medida, es decir, conforme a lo dispuesto por el Código Procesal Penal. En relación con el segundo, para decidir por optar por una medida de incautación, se debe verificar la proporcionalidad de la medida en cuanto a idoneidad², necesidad³ y proporcionalidad en sentido estricto⁴. Respecto al tercero, para que se utilice la medida de incautación, deben existir suficientes elementos de convicción que justifiquen la toma de decisión de acopiar dicho bien o elemento para la investigación, que lo desposeerá de su propietario, poseedor, administrador o tenedor, a fin de que la acción no linde con la arbitrariedad o falta de proporcionalidad. Respecto al cuarto,

1 Véanse los artículos 202 y 203 del Código Procesal Penal peruano.

2 La restricción del derecho debe resultar pertinente con la finalidad que se busca cautelar.

3 No debe haber otro medio menos lesivo del que se pretende.

4 «Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro» (Alexy, 1997, como se cita en León (s.f)).

la decisión tomada debe estar motivada, argumentada y justificada en la disposición o acta que ejecuta la medida o en la resolución judicial según sea el caso.

2.1. Objeto y sujetos de la incautación

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 218 del Código Procesal Penal peruano, la incautación procede en contra del «cuerpo del delito y de las cosas que se relacionan con él o que sean necesarias para su esclarecimiento». Respecto al cuerpo del delito, el Acuerdo Plenario n.º 05-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú indicó que también comprende al objeto del delito. Su uso no es muy común en delitos contra la Administración pública —salvo en los delitos de peculado o malversación de fondos—, sino más bien en otros tipos de delitos, como homicidio, parricidio, feminicidio, tráfico ilícito de drogas, tenencia indebida de armas de fuego, etc. Respecto a las cosas que se relacionan con el delito, es claro que el legislador ha otorgado un amplio poder de discrecionalidad (cláusula abierta) al Ministerio Público y Policía Nacional del Perú para incautar ampliamente distintos tipos de bienes —para evitar problemas de tecnicismos, se debe verificar, inicialmente, si son cuerpo, objeto, instrumento o efectos del delito—, es decir, todo aquello que sirva para la investigación y se relacione, de alguna forma, con el delito, ya que luego se puede proceder a su devolución.

En relación con las personas sujetas a la incautación, la solicitud va dirigida al propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el fiscal. Se entiende por propietario, de acuerdo con el artículo 923 del Código Civil peruano, a aquel que tiene el «poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien»; por ejemplo, la persona propietaria de un celular, una *laptop*, una agenda, documentos, etc. Por poseedor, de acuerdo con el artículo 896 del Código Civil peruano, se entiende a aquel que tiene «el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad». Por administrador, se entiende a aquella persona que ha sido delegada sobre el propietario o poseedor del bien para ejercer determinados actos de administración (de conservación y otros)

sobre el mismo. Por tenedor, de acuerdo con el artículo 897 del Código Civil peruano, se entiende a aquel que «encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas».

Si bien los conceptos mencionados son relacionados principalmente con bienes inmuebles, como casas, terrenos, etc., dada su amplia verificabilidad en el plano fáctico, no puede perderse de vista que su contenido también debe ser compatibilizado con los bienes muebles para efectos del derecho procesal penal. Esto, con el fin de dotar de contenido a la incautación, máxime si en el campo del derecho civil, de donde provienen dichas categorías jurídicas, no existe ninguna distinción conceptual de ellas atendiendo a la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles.

El legislador también tuvo a bien establecer una cláusula abierta respecto al sujeto a quien se le solicita la incautación con el término «u otro requerido por el fiscal», con el fin de no entrar en problemas técnicos en cuanto a las terminologías antes usadas o que surgieran con el pasar del tiempo. Esto, para que toda persona que sea requerida por el fiscal deba entregar el bien independiente de su vinculación jurídica que mantenga con el mismo.

2.2. Procedimiento

En los numerales 1 y 2 del artículo 218 del Código Procesal Penal peruano se establecen dos momentos clave: (a) la exhibición o entrega voluntaria de bienes ante el requerimiento del representante del Ministerio Público; y, (b) la exhibición o entrega forzada de bienes ante el requerimiento del representante del Ministerio Público.

En un primer momento, si el sujeto requerido por el representante del Ministerio Público entrega o exhibe de manera voluntaria el bien sin mayor problema, se deberá consignar ello en el acta junto con las razones que motivaron el requerimiento de exhibición o entrega y el nombre del sujeto que lo entrega con su vinculación con el bien. En el acta se deberá consignar, además, el bien, sus características, el estado en la que se recibe y cómo se almacenará para preservarlo. Por el contrario,

si ante el requerimiento del representante del Ministerio Público, el sujeto requerido se niega a la exhibición o entrega del bien, se generarán tres escenarios posibles: (a) requerir al Juzgado de Investigación Preparatoria su exhibición forzada o incautación; (b) en caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración se ejecutará inmediatamente la exhibición forzada o incautación; y, (c) en caso de peligro en la demora se ejecutará inmediatamente la exhibición forzada o incautación.

La utilización del primer escenario solamente debería ocurrir si existe la seguridad y certeza de que, al regresar el representante del Ministerio Público con el requerido, encontrará los bienes, pues de no ser así perdería eficacia y utilidad la medida de incautación. En el segundo y tercer escenario, ambos tienen en común que no se requerirá autorización judicial para ejecutar la incautación, pero sí debe existir, posteriormente, una confirmatoria judicial que verifique que el procedimiento de incautación se llevó correctamente y sí se cumplían los presupuestos para su ejecución.

Es necesario precisar que solamente se puede aplicar la incautación cuando existe una negativa de entrega del bien por parte del sujeto requerido y se procede con una aprehensión forzosa (Sánchez, 2009, p. 308). Por ello, en esta situación, se necesitará la autorización judicial o posterior confirmatoria judicial para determinar si la afectación al derecho de propiedad, posesión, tenencia y cualquier otro derecho real del afectado con el bien es justificada por la utilidad de estos bienes para la investigación (Neyra, 2010, p. 637). Si el requerido entrega el bien de manera voluntaria, es decir, ejercita la facultad de disposición que tiene sobre su bien al entregarlo para la investigación, no se le podría denominar incautación a dicha situación y, por ende, tampoco necesitaría una confirmatoria de incautación, pues no ha existido afectación alguna al derecho real del requerido. Situación distinta es lo regulado en la incautación cautelar o como medida de coerción del artículo 316 del Código Procesal Penal peruano, en la que no existe requerimiento previo, sino incautación directa al tratarse de efectos o instrumentos del delito que no volverán a su titular, sino que luego se ordenará su decomiso.

2.3. Autorización y ejecución

El Acuerdo Plenario n.º 05-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú establece que la incautación puede ser ejecutada por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú. Esto significa levantar el bien, lacrarlo y suscribir los formatos pertinentes de cadena de custodia; sin embargo, es importante precisar la autoridad competente para autorizarla. En casos de flagrancia o peligro inminente de perpetración, la Policía Nacional del Perú lo puede ejecutar sin autorización del representante del Ministerio Público, es decir, personal de la PNP puede decidir discrecionalmente los bienes a incautar ante la situación extraordinaria de flagrancia.

En casos de peligro en la demora, la situación cambia y el personal policial no puede incautar si es que previamente el representante del Ministerio Público no le ha otorgado autorización, pues se debe analizar jurídicamente si la situación puesta en conocimiento califica o no como peligro en la demora y, al ser un análisis netamente jurídico, no lo puede realizar autónomamente la Policía Nacional del Perú. Por otra parte, en los escenarios en donde no haya flagrancia, peligro inminente de perpetración de delito o peligro en la demora, la incautación debe estar autorizada siempre por el juez de investigación preparatoria en caso de que el requerido no entregue el bien de manera voluntaria para la investigación.

Las formas de disponer y ejecutar el requerimiento de exhibición o entrega (voluntaria o forzada) pueden ser materializados de la siguiente forma:

- En casos de flagrancia o peligro inminente de perpetración, basta con el simple requerimiento verbal de la Policía Nacional del Perú ante el sujeto requerido. Si el sujeto requerido se negara, se procederá con la ejecución forzada. Para ello, no será necesario una disposición fiscal o resolución judicial. Todo el procedimiento debe quedar registrado en el acta policial con los formatos de incautación correspondientes.
- En caso de peligro en la demora, la autorización fiscal puede ser materializada de manera verbal, pues se entiende que ante una

situación apremiante y de extrema necesidad no será necesaria la elaboración de una disposición fiscal. En el acta de incautación, se deberá consignar la fiscalía que autorizó la medida. En este presupuesto, lo deseable sería que la diligencia sea ejecutada siempre con presencia del representante del Ministerio Público para que pueda evaluar *in situ* el peligro en la demora. Cuando es el representante del Ministerio Público quien autoriza y ejecuta la medida por sí solo, podrá realizarlo directamente a través de un acta fiscal expresando las razones de la medida o emitiendo, previamente, de acuerdo con las circunstancias del caso, una disposición fiscal de incautación que será notificada a las personas presentes en la diligencia y luego a las partes de la investigación una vez ejecutada la medida.

- En los casos que no exista flagrancia, peligro inminente de su perpetración o peligro en la demora, el requerimiento puede ser verbal, materializado a través de un acta, o por escrito, a través de una disposición fiscal, de acuerdo con las circunstancias de cada caso. En caso de negativa del requerido, se debe obtener obligatoriamente una resolución judicial por escrito para proceder con la ejecución forzada.

En los escenarios antes descritos, se puede advertir que la oralidad cumple un papel fundamental en la eficacia y dinamismo de la exhibición y entrega de bienes (voluntaria o forzada), pues no todo debe ser materializado en una disposición fiscal, sino que, en las propias actas, se pueden expresar, argumentar y justificar las razones para ejecutar la medida. Tampoco resultan necesarias la notificación o la concurrencia de las partes procesales para poder ejecutar una exhibición y entrega de bienes, pues se entiende que estas diligencias se presentan como actos urgentes e inaplazables en los primeras diligencias de la investigación o, en el caso de estar avanzada la investigación, se podría frustrar su finalidad ante el conocimiento de las partes. Por eso, el artículo 220 del Código Procesal Penal peruano permite la no fijación de hora y fecha para realizar la diligencia de incautación. Asimismo, de acuerdo con las circunstancias de cada

caso, se podría elaborar una disposición fiscal de incautación sin afectar la urgencia de la medida, pues lo recomendable es llevar un documento fiscal de respaldo a la diligencia para ser notificado al inicio de dicho proceso.

De acuerdo con el Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación de la Incautación, Comiso, Hallazgo y Cadena de Custodia (2018) y el Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación del Registro y Recepción (2018), la Policía Nacional del Perú también puede acopiar⁵ bienes u objetos⁶, fuera de la flagrancia, ante el peligro inminente de perpetración de delito o peligro en la demora. Esto se realizará a través del hallazgo en una pesquisa en lugares abiertos, objetos o personas, siempre y cuando los bienes no tengan titular o este entregue lo que se busca, de manera voluntaria, en la investigación. También se puede realizar un registro personal con posterior incautación de bienes. En ambos casos, siempre se debe informar al representante del Ministerio Público posteriormente.

2.4. Cadena de custodia

Los bienes obtenidos como producto de la incautación o entrega voluntaria, de acuerdo con el Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados (2006), aprobado el 15 de junio de 2006 por el Ministerio Público, deben ser lacrados, rotulados y contar con su cadena de custodia para su preservación, seguridad e inalterabilidad. Sin embargo, no todos los bienes, por su naturaleza y finalidad de incorporación a la carpeta fiscal, ameritan ser lacrados, rotulados y tener cadena de custodia, pues dependerá del uso

5 Escenario distinto a incautación.

6 Según el numeral 9 del artículo 4 del Decreto Supremo n.º 026-2017-IN (Reglamento de la Ley de la Policía Nacional del Perú), las funciones de la Policía Nacional del Perú son las siguientes: «Obtener, custodiar, asegurar, trasladar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la prevención e investigación del delito, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente».

posterior del bien para la investigación, ya que, como indicó San Martín (2020), «la cadena de custodia no es el único medio adecuado para garantizar la autenticidad de lo incautado» (p. 499). De la misma forma, Chinchay (2021) establece que «los bienes incautables también pueden incorporarse al proceso mediante hallazgo y entrega o recepción» (p. 584).

Por otro lado, bienes como armas, cuchillos, celulares, *laptops*, computadoras de escritorio o dinero no necesitarán ser lacrados, rotulados ni tener cadena de custodia, ya que, posteriormente, serán sometidos a pericias para extraer información relevante para la investigación, pero bienes como documentos, cuyo fin mayormente es de ser introducido en la carpeta fiscal para su valoración posterior, tampoco necesitan ser lacrados ni contar con su cadena de custodia. Basta que estén identificados, foliados y anexados correctamente en el acta para ser introducidos en la carpeta fiscal. Quedará a discreción de la autoridad que ejecute la incautación o reciba voluntariamente los documentos decidir si los documentos, por su cantidad, naturaleza o características, necesitarán ser lacrados y tener cadena de custodia.

El Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados (2006), aprobado por el Ministerio Público, establece en su artículo 2 que la finalidad del protocolo es «garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporados en toda investigación de un hecho punible, auxiliados por las ciencias forenses, la Criminalística, entre otras disciplinas y técnicas que sirvan a la investigación criminal». Esto quiere decir que la necesidad de un lacrado, rotulado y cadena de custodia sirve para garantizar la autenticidad y conservación del bien, ya que, posteriormente, serán sometidos a ciencias forenses, criminalística y otras disciplinas, las cuales concluirán en pericias.

Entonces, que en una investigación fiscal por delitos contra la Administración pública se incaute o acopie por entrega voluntaria, expedientes, resoluciones de designación, MOF, ROF u otros documentos de la Administración pública, servirá para que dichos documentos puedan ser incorporados a la carpeta fiscal sin necesidad de tener lacrado o cadena de

custodia, pues son textos públicos que gozan de autenticidad y solamente serán analizados y merituados documentalmente a través de su lectura. La misma lógica se podría aplicar a otros tipos de bienes.

2.5. Desobediencia a la autoridad

Ante la negativa injustificada de entrega de exhibición o entrega de bien, en escenarios de flagrancia, peligro inminente de perpetración, peligro en la demora o incautación con autorización judicial, por parte del sujeto requerido, se evaluará la condición que tiene dicho sujeto con respecto a la investigación para realizar una posible comisión del delito de desobediencia a la autoridad contenido en el artículo 368 del Código Procesal Penal peruano.

Si el requerimiento de entrega o exhibición (forzada) se realiza a una persona que tiene la calidad de investigado, y este último no accede a su entrega, no cometerá delito de desobediencia a la autoridad en virtud al derecho de no autoincriminación⁷ en su manifestación de no ser obligado a descubrirse contra sí mismo (*nemo tenetur se detegere*); sin embargo, su conducta podrá ser evaluada para futuras medidas cautelares personales, como el peligro de obstaculización. Distinto es el caso de que la persona requerida sea un tercero que no tiene ninguna relación con la investigación, pero tiene en su poder bienes que contribuirían a la investigación y no procede a entregarlos a pesar del requerimiento directo del Ministerio Público o de la Policía Nacional del Perú, pues, en este caso, sí se cometería el delito de desobediencia a la autoridad y, eventualmente, el delito de encubrimiento real regulado en el artículo 405 del Código Procesal Penal peruano.

7 De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano, como se cita en el numeral 2.3 del Expediente n.º 03021-2013-PHC/TC, el derecho a la no autoincriminación se expresa de la siguiente manera: «no ser obligada a descubrirse contra sí misma (*nemo tenetur se detegere*), no ser obligada a declarar contra sí misma (*nemo tenetur edere contra se*) o, lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a sí misma (*nemo tenetur se ipsum accusare*)».

Para la configuración del delito de desobediencia a la autoridad⁸, de acuerdo con Juárez (2017), se necesitan los siguientes requisitos: (a) ser expresa y clara, es decir, sin ambigüedades o imprecisiones; (b) ser oral o escrita; (c) estar dirigida a una persona o autoridad determinada; (d) otorgar la capacidad de realizar la acción requerida; (e) ser válida legalmente; (f) indicar la obligación o deber de actuar; y, (g) tener un plazo de cumplimiento.

Para que se configure el delito de desobediencia a la autoridad en una incautación, las autoridades competentes, vale decir, el representante del Ministerio Público o el de la Policía Nacional del Perú, deberán primero requerir, de manera oral o escrita, al sujeto la exhibición o entrega de un determinado bien que se encuentra individualizado correctamente y que el sujeto conoce sobre su existencia (no puede haber desobediencia a la autoridad sobre bienes que se desconoce). La orden debe ser clara y precisa en cuanto a la exhibición o a la entrega, no puede quedar en meras suposiciones o ambigüedades. Además, el sujeto debe tener la capacidad o facultad de poder exhibir o entregar el bien, es decir, no debe existir imposibilidad material.

El artículo 218 del Código Procesal Penal peruano ha establecido una cláusula abierta con respecto a la relación entre el requerido y el bien. Entonces, no hay justificación para no entregar el bien con base en que no es el propietario, administrador, poseedor o tenedor. Al ser un escenario de inmediata exhibición o de entrega por motivos de la investigación, no deberá mediar un lapso de tiempo, por lo que la orden impartida deberá expresar ello; sin embargo, de acuerdo con las circunstancias de cómo se encuentre el bien o del bien que se trate, se puede mediar un lapso corto de tiempo en la entrega. Ello dependerá del escenario. Si bien esto no representa elemento del tipo penal ni requisito de procedibilidad⁹, sí es el apercibimiento previo para que se configure el delito. Sería deseable que,

8 Véase el Recurso de Nulidad n.º 1337-2013/Cusco del 20 de enero de 2015 y la Casación n.º 50-2017/Piura del 10 de abril de 2018.

9 Véase la Casación n.º 763-2021-Áncash del 28 de junio de 2022.

cuando se comunique la orden, también se haga mención de que, ante la negativa de entrega o exhibición, podrá ser pasible de ser denunciado por el delito de desobediencia a la autoridad. Todo lo anterior deberá ser consignado en el acta correspondiente para su posterior remisión a la fiscalía penal de turno competente.

2.6. Deslacrado de bienes incautados

Según la naturaleza y calidad de los bienes incautados, el representante del Ministerio Público convocará a una diligencia de deslacrado e incorporación de contenido a la carpeta fiscal. Sobre los bienes, como celulares, *laptops*, cuchillos, armas y otros parecidos, se deberá dejar consignado en el acta que no se deslacrarán en el despacho fiscal, pues luego serán remitidos al Instituto de Medicina Legal o a la oficina de peritajes correspondiente con el fin de no afectar su contenido o integridad. Asimismo, la diligencia debe ser consignada con el apercibimiento de realizarse con quienes se encuentren presentes, ya que este es un acto urgente e inaplazable, debido a que deben ser sometidos a exámenes y pericias, cuyo contenido requiere ser incorporado inmediatamente a la carpeta fiscal. La participación de los abogados defensores de los investigados en la diligencia será en calidad de veedores; en otras palabras, su no participación no alterará para nada el resultado de las pericias o incorporación de contenido a la carpeta fiscal, pero sí podrán dejar observaciones, de ser el caso, al final del acta.

3. SOBRE LA INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS NO PRIVADOS

En lo que respecta a documentos no privados, el procedimiento y los presupuestos varían según lo mencionado en los párrafos anteriores. Para ello, el representante del Ministerio Público debe saber cómo aplicar correctamente este tipo de incautación, porque la documentación sobre expedientes de contratación o archivos generales emitidos por los servidores públicos sirve como principal elemento de prueba en los delitos contra la Administración pública.

El Código Procesal Penal peruano optó por no usar el término *documento público*, sino *documento no privado*, pues en las legislaciones extrapenales (civil, comercial, notarial y otras) no está clara la diferencia correcta entre documento público y privado (Vásquez, 2013), por lo que nombrarlo así evitaría caer en problemas de tecnicismo entre público y privado, lo que generaría que todo aquel documento que no sea privado sea objeto de incautación, sin tomar en cuenta la clasificación que puedan tener las otras disciplinas del derecho al respecto.

Como se indicó, el procedimiento de incautación de documentos no privados tiene un procedimiento diferenciado al de la incautación general, ya que el representante del Ministerio Público, cuando se apersona a la institución pública, debe invocar ante el servidor público respectivo el artículo 224 del Código Procesal Penal peruano y solicitar la exhibición de los documentos no privados (original o copia), pues existe la obligación de entregar dicha documentación, porque, a diferencia de la incautación general, no existe lugar para una negación por parte del sujeto requerido.

Esta obligación de entrega por parte del sujeto requerido hacia el Ministerio Público se sustenta en que la documentación es de acceso público, porque todo ciudadano, según la Ley n.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuenta con el libre acceso a tal documentación, la cual no es alcanzada por la inviolabilidad de documentos que regula la Constitución que está orientada a fines privados. Ante una negativa de entrega de los documentos no privados, correspondería al representante del Ministerio Público apercibir bajo el delito de desobediencia a la autoridad y dejar constancia en acta.

No son necesarios requerimientos previos de incautación o uno de confirmatoria, los dos dirigidos al juez de investigación preparatoria, pues existe una obligación de exhibición y entrega por parte del sujeto requerido, ya sea funcionario o servidor público, debido a que a los documentos no privados no les alcanzan la inviolabilidad de los documentos, propiedad o posesión. La lógica es simple, los documentos son del Estado, no de los funcionarios o servidores públicos que lo custodian o usan.

Solamente existen dos situaciones excepcionales por las cuales el sujeto requerido puede negarse a la entrega de los documentos no privados, y esto ocurre cuando (a) guardan un secreto profesional; y, (b) guardan un secreto de Estado. En ambas situaciones, el representante del Ministerio Público deberá acudir al juez de investigación preparatoria para que determine, previa audiencia, si realmente la documentación guarda un secreto profesional o un secreto de Estado (previo informe de la Presidencia del Consejo de Ministros). La línea de actuación para estos casos no es, primero, acopiar la documentación y luego verificar si se está dentro de las excepciones para posteriormente devolverla de ser el caso; sino, todo lo contrario, debe determinarse antes si se está o no ante una excepción para proceder con su incautación física. Ello guarda congruencia con el numeral 1 del artículo 3 de la Ley n.º 27806 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública) que prescribe que «toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente ley».

Una vez acopiada la documentación no privada, el representante del Ministerio Público deberá, en el despacho fiscal, analizar y segmentar los documentos que se vinculan a la investigación de los que no. Ello se puede realizar también en la sede de la dependencia pública, pero obedecerá a la cantidad de la documentación existente. Para mayor dinamismo de la diligencia, es usual que se incaute toda la documentación no privada relacionada al caso y, posteriormente, se realice la segmentación, pues no se debe olvidar que, en la mayoría de los casos de delitos contra la Administración pública, la documentación siempre es cuantiosa.

La documentación que resulte ser no vinculante para la investigación deberá ser devuelta en original a la dependencia pública afectada. Si esta resulta relevante para la investigación, de oficio o a petición de la entidad pública, se deberá remitir copia certificada de ello a la dependencia pública afectada para que no exista una ausencia en el acervo documentario. Generalmente, fijar una fecha y hora para la diligencia arriesga la eficacia del acopio de los documentos no privados (pérdida, extravío o alteración de la documentación). En la incautación general, según el

artículo 220 del Código Procesal Penal peruano, se regula la opción de realizar la diligencia sin conocimiento de las partes. De acuerdo con Fernández (2022), las formas de cómo ordenar la diligencia de incautación de documentos no privados son las siguientes:

- La emisión de una disposición fiscal que fundamente la incautación, la entidad pública que ingresará, los documentos no privados concretos por incautar, la fecha y hora para la realización y el personal fiscal, administrativo y policial que intervendrá. Al mismo tiempo, se expedirá también una disposición fiscal que decrete el secreto de la incautación, a efectos de que se realice de manera reservada y sin afectar su éxito. Una vez ejecutada la incautación, se levantará dicho secreto y se notificará al titular de la dependencia pública y a las partes de la investigación. Todo ello producirá que no se cuestione la diligencia, ya que se encuentra garantizada y afianzada por diversas disposiciones fiscales.
- La emisión de una disposición fiscal bajo el mismo procedimiento del anterior párrafo, pero sin declarar el secreto de la incautación y únicamente notificar al titular de la entidad y a las partes procesales, una vez ejecutada la incautación. Ello, bajo el fundamento de que el Código Procesal Penal peruano permite no notificar a las partes si el conocimiento de la ejecución de la diligencia pone en peligro su éxito.
- El pedido de requerimiento previo, al juez de investigación preparatoria, de la incautación de los documentos no privados. Por el dinamismo e inmediatez que debe contar esta diligencia, no es recomendable esta opción; sin embargo, si se trata de un escenario más complejo; por ejemplo, que la incautación, esté acompañada de un allanamiento o detención, sí sería pertinente solicitar un requerimiento previo al juez.
- Acudir a la entidad pública e invocar directamente el artículo 224 del Código Procesal Penal peruano al titular de la entidad y consignar en el acta fiscal los fundamentos que justificaron la realización de la incautación. Luego de ejecutada la diligencia, se

notificará a las partes de la investigación. Ello, bajo el fundamento de que el Código Procesal Penal peruano permite realizar la diligencia sin notificar a las partes para no poner en peligro el éxito del procedimiento.

La incautación de documentos privados, bajo el artículo 224 del Código Procesal Penal peruano, no es la única forma de acopiar dicha documentación consistente en expedientes de contratación y otros, pues también se puede emitir una disposición fiscal de inicio de diligencias preliminares y oficiar a la dependencia pública para que remita a la brevedad posible la documentación no privada. Para ello, se deberá evaluar la urgencia del caso y del acopio de la documentación.

Finalmente, si lo sujetos requeridos o afectados por la incautación consideran que se han afectado sus derechos e intereses jurídicos, pueden solicitar la intervención del juez de investigación preparatoria. Incluso, se puede generar la devolución de los documentos no privados si el juez de garantías advierte que la medida no se ha ajustado a los principios generales que regulan toda medida de búsqueda y restricción de derechos de acuerdo con el Código Procesal Penal peruano.

4. CONCLUSIONES

Finalmente, luego del análisis, se llega a las siguientes conclusiones:

- Realizar actos de investigación de manera aleatoria o sin un plan determinado generará que se deje al azar la investigación, lo que supone un riesgo de vulneración de la obligación de persecución del delito del Ministerio Público.
- La incautación procede ante una negativa de entrega del bien por parte del sujeto requerido, lo que genera una aprehensión forzosa. En esta situación, se necesitará la autorización judicial, salvo casos de flagrancia, peligro inminente de perpetración o peligro en la demora, o posterior confirmatoria judicial para determinar si la afectación al derecho de propiedad posesión, tenencia y cualquier

otro derecho real del afectado con el bien es justificado por la utilidad de estos bienes para la investigación.

- La incautación puede ser ejecutada por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú; sin embargo, para su autorización, se debe verificar la autoridad competente de acuerdo con el escenario de flagrancia, peligro inminente de perpetración, peligro en la demora o una situación ordinaria.
- Ante la negativa injustificada de entrega de exhibición o entrega de bien, en escenarios de flagrancia, peligro inminente de perpetración, peligro en la demora o incautación con autorización judicial por parte del sujeto requerido, se evaluará la condición que tiene dicho sujeto con respecto a la investigación a efectos de evaluar una posible comisión del delito de desobediencia a la autoridad contenido en el artículo 368 del Código Penal peruano.
- No todos los bienes, de acuerdo con su naturaleza y finalidad de incorporación a la carpeta fiscal, ameritan ser lacrados, rotulados y tener cadena de custodia; este procedimiento dependerá del uso posterior del bien durante la investigación.
- En la incautación de documentos no privados, existe la obligación del sujeto requerido de exhibir y entregar la documentación al representante del Ministerio Público, bajo apercibimiento del delito de desobediencia a la autoridad.

5. RECOMENDACIONES

Se recomienda que el Ministerio Público profundice sobre el plan estratégico de investigación en coordinación con la Policía Nacional del Perú.

REFERENCIAS

Chinchay, A. (2021). La exhibición e incautación de bienes. En *Código Procesal Penal Comentado* (pp. 564-584). Gaceta Jurídica.

- Contraloría General de la República del Perú. (2022, 6 de julio). *Perú perdió más de S/ 24 mil millones en 2021 por corrupción e inconducta funcional*. Plataforma digital única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/629665-peru-perdido-mas-de-s-24-mil-millones-en-2021-por-corrupcion-e-inconducta-funcional>
- Fernández, M. (2022, 22 de febrero). *¿Se debe solicitar autorización judicial para la incautación de documentos no privados? LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/se-debe-solicitar-autorizacion-judicial-incautacion-documentos-no-privados-publicos/>
- Juárez, C. (2017). Análisis del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad en la legislación peruana. *Revista Lex*, 15(20), 263-278. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1443>
- León, F. J. (s.f.). *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia del TC* [Diapositivas de PowerPoint]. Centro de Estudios Constitucionales. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf
- Neyra, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa.
- Plan Estratégico de Investigación de El Salvador (2009). El Salvador. <https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/PLAN ESTRATEGICO DE INVESTIGACION EL Salvador.pdf>
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Sánchez, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. Idemsa.
- Vásquez, M. (2023, 17 de diciembre). La exhibición forzosa y la incautación en el Código Procesal Penal del 2004. *El Blog de De Torquemada*. <https://detorquemada.wordpress.com/2013/12/17/la-exhibicion-forzosa-y-la-incautacion/>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Acuerdo Plenario n.º 05-2010/CJ-116 (2010). Corte Suprema de Justicia de la República (16 de noviembre de 2010). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0fc494004075b660b4f9f499ab657107/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_05-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0fc494004075b660b4f9f499ab657107

Casación n.º 50-2017/Piura (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (10 de abril de 2018). <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/RC50-2017-PIURA.pdf>

Casación n.º 763-2021/Áncash (2022). Corte Suprema de Justicia de la República (28 de junio de 2022). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/10/Casacion-763-2021-Ancash-LPDerecho.pdf>

Decreto Supremo n.º 026-2017-IN (2017). Se establece, norma y aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1267 - Ley de la Policía Nacional del Perú. *Diario Oficial El Peruano* (15 de octubre de 2017). <https://elperuano.pe/normaselperuano/2017/10/15/1576324-1/1576324-1.htm>

Defensoría del Pueblo del Perú. (2022, 16 de febrero). *Mapas de la corrupción – quinta edición*. Defensoría del Pueblo. Recuperado el 22 de junio de 2024, de <https://www.defensoria.gob.pe/documentos/mapas-de-la-corrupcion-quinta-edicion/>

Expediente n.º 03021-2013-PHC/TC (2014). Tribunal Constitucional (20 de junio de 2014). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03021-2013-HC.html>

Ley n.º 23403. Código Civil Peruano. (1984). *Diario Oficial El Peruano* (24 de julio de 1984). <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=60>

Ley n.º 27806. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2002). *Diario Oficial El Peruano* (2 de agosto de 2002). https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101008&view=article&catid=298&id=830&lang=es-ES

Ley n.º 28269. Código Procesal Penal (2004). *Diario Oficial El Peruano* (4 de julio de 2004). <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=70003>

Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación de la Incautación, Comiso, Hallazgo y Cadena de Custodia (2018). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (25 de agosto de 2018).

Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación del Registro y Recepción. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (25 de agosto de 2018). https://portal.mpfm.gob.pe/descargas/ncpp/files/26f071_PROTOCOLO%20DE%20ACTUALIZACION%20INETE%20RINSTITUCIONAL%20PARA%20LA%20PALICACION%20DE%20INCAUTACION%20COMISO,%20HALLAZGO%20Y%20CADENA%20DE%20CUSTODIA-ilovepdf-compressed.pdf

Recurso de Nulidad n.º 1337-2013/Cusco (2015). Corte Suprema de Justicia de la República (20 de enero de 2015). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/R.N.-1337-2013-Cusco-Legis.pe_.pdf

Reglamento de la cadena de custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes incautados (2006). Ministerio Público (15 de junio de 2006). https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/513_presentacion.pdf

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflictos de intereses.

Contribución de autoría

El autor ha participado en la recopilación de datos, así como en la elaboración y la redacción del artículo.

Agradecimientos

Sin agradecimientos.

Biografía del autor

Marcelo Alejandro Fernández Vásquez es fiscal adjunto provincial del Primer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Callao. Abogado, graduado y titulado en la Universidad Privada del Norte (UPN), sede Trujillo. Cuenta con estudios de maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Es especialista en contrataciones con el Estado por la Universidad ESAN. Asimismo, es especialista en delitos de corrupción de funcionarios por la Academia de la Magistratura (AMAG).

Correspondencia

marrcelo_fv@hotmail.com / mfernandezv@mpfn.gob.pe