

¿CORRESPONDE AL JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA AUTORIZAR EL DESCERRAJE Y ALLANAMIENTO SOLICITADO POR EL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, EN EL MARCO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL?

Ada del Rocío Príncipe Asencios¹

“En el presente artículo, la autora desarrolla los motivos del porqué el Juez de Investigación Preparatoria no resulta competente para autorizar el allanamiento y la incautación de bienes solicitados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y las razones del porqué los pedidos de autorización hechos por la autoridad administrativa deben ser declarados improcedentes en el marco del Nuevo Código Procesal Penal”.

I. INTRODUCCIÓN

El Nuevo Código Procesal Penal a diferencia del Código de Procedimientos Penales que se venía aplicando en nuestro país ha traído innumerables figuras jurídicas y principios que han innovado la forma de administrar justicia en materia penal, siendo una de estas innovaciones las garantías que el nuevo modelo procesal penal dota al imputado permitiendo que el ejercicio de su derecho de defensa sea llevado a cabo en un proceso oral, contradictorio y rápido, y es que no por nada el nuevo modelo Procesal Penal es llamado también garantista.

Así, el rol que cumplía cada uno de los sujetos procesales con el antiguo sistema se transforma, para pasar en el caso del Ministerio Público y la defensa a asumir un rol más activo, y en caso del Juez Penal ahora llamado Juez de Investigación Preparatoria o Unipersonal según la etapa procesal en la que se encuentre la causa, a asumir un rol menos activo, limitado a presenciar el contradictorio de las partes en una audiencia pública de cuyas resultas se emitirá el pronunciamiento que corresponda.

Con la entrada en vigencia del Nuevo Cuerpo normativo en materia Penal no solo cambia la forma de administrar justicia en materia penal sino también, el tratamiento de determinadas figuras o pedidos hechos por autoridades administrativas como acontece con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, los cuales deben de adaptarse necesariamente al nuevo sistema Procesal Penal, lo cual implica que en el ordenamiento jurídico peruano se gesticone una antinomia normativa que debe ser superada a través de la

¹ Abogada. Especialista Judicial de Sala del NCPP. Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales. Estudiante de doctorado en Derecho.

interpretación e integración normativa después del análisis en conjunto de todo el cuerpo normativo, y es que solo después del análisis en conjunto de nuestro ordenamiento procesal penal podremos entender justificadamente que el Juez de Investigación Preparatoria no resulta competente para autorizar el descerraje y allanamiento solicitado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, como si lo hacía con el anterior modelo procesal penal, el Juez Instructor.

II. DESARROLLO DEL TEMA.

¿Cómo se desarrollaba el allanamiento e incautación de bienes antes de la entrada en vigencia del NCPP y los cambios que implicó el nuevo Sistema Procesal Penal?

Tomemos en cuenta que, a consecuencia de la existencia de emisoras radiales ilegales y su funcionamiento sin la autorización por la autoridad Administrativa competente, - Ministerio de Transportes y Comunicaciones-, ha generado la necesidad de la intervención de la autoridad administrativa para frenar y sancionar esta acción, y es así como lo entendió el legislador al momento de dictar la Ley N° 28278 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N°005-2005-MTC, en el que se establece que los servicios de radiodifusión en tanto servicios privados de interés público se obtienen a través de concesiones, bajo la forma de autorizaciones, previstas en el artículo 14° de la Ley de Radio Televisión y cuyos requisitos están contemplados en el artículo 29° del Decreto Supremo N.° 005-2005-MTC, Reglamento de la Ley de Radio y Televisión. De ello se colige que los medios de comunicación radiales y televisivos deben cumplir algunas exigencias previstas normativamente, a riesgo que el Estado no realice la aprobación correspondiente de su funcionamiento. Ahora bien la Ley de Radio y Televisión reconoce que la nación es propietaria del espectro radioeléctrico y que el responsable de su administración, supervisión y control es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en dicho entendido la Dirección de Control del Ministerio efectúa de oficio la inspección técnica a la estación autorizada, evalúa, determina y sanciona la comisión de infracciones administrativas, aplica las medidas complementarias y adopta las medidas correctivas o cautelares de clausura de la estación y suspensión de la autorización, siendo que para la ejecución de las medidas cautelares el **Artículo 86°** de la Ley establece que ***“En caso de detectarse la comisión de infracciones relacionadas con la indebida utilización del espectro radioeléctrico, el personal autorizado por el Ministerio podrá disponer y ejecutar la incautación de los equipos o la clausura provisional de la estación radiodifusora, debiéndose en tales casos solicitar el apoyo de la fuerza pública y la intervención del Ministerio Público. De ser necesario el descerraje, el órgano encargado de dictar la medida cautelar podrá solicitar al Juez Especializado en lo Penal la autorización judicial***

correspondiente, la que se resuelve en el término de veinticuatro (24) horas y sin correr traslado al presunto infractor". Es el caso que, en el marco de la existencia de esta normativa, durante la vigencia del Código de Procedimientos frente a un pedido hecho por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de su Director General de Control y Supervisión de Comunicaciones del MTC, el Juez Instructor se limitaba a expedir una resolución autorizando el descerraje y allanamiento, el cual buscaba la incautación de los bienes por el MTC, y solo en algunos casos se precisaba que esta debía ser hecha con intervención del representante del Ministerio Público, quien daba una suerte de "legalidad" a dicho acto y que en ciertos casos motivaba a posteriori la formalización de una denuncia penal por tales hechos.

Ahora bien, tómesese en cuenta que este procedimiento por demás breve acarrea que el Juez Instructor no sepa de las resultas de dicho procedimiento o si este fue realizado en pleno respeto a los derechos de las partes, es más no volvía a saber del destino de las instrumentales incautadas aun cuando estas constituían en muchos casos evidencia de un proceso penal, y como si la autoridad administrativa fuese el competente para llevar a cabo una investigación de índole penal se le permitió intervenir en la restricción de derechos fundamentales poniendo al margen a órganos constitucionalmente reconocidos como es el caso del Ministerio Público desplazándolo en el ejercicio de su rol de "titular del ejercicio de la acción penal".

Aun cuando se vivió por mucho tiempo bajo esta suerte de práctica, la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal ha acarreado un cambio en el modo de administrar justicia en materia penal, ya que este nuevo código al ser eminentemente garantista trae de por sí el respeto de los derechos de las partes procesales y un cambio en el ejercicio del rol de cada uno de los sujetos procesales.

Tengamos en cuenta que el Nuevo Código Procesal Penal, prescribe en el **Artículo 202°** que "*Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado*"², aquí se debe considerar que la "legalidad procesal", es una institución que protege, regula y garantiza el proceso, siendo que para restringir un derecho fundamental", ésta debe realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y cuando existan suficientes elementos de convicción.

En este sentido la restricción de derechos con el Nuevo Código Procesal penal solo se concibe en el marco de un proceso penal de garantías, siendo que su conformidad o alcances lo delimita el Juez, y solo lo realiza el Ministerio Público o Policía Nacional del

² Código Procesal Penal, Editorial RODHAS, 2012, Lima - Perú.

Perú en los supuestos de Urgencia o peligro por la demora y conforme a los Fines de averiguación, aun cuando en este último supuesto el Juez será el llamado a confirmar o desaprobado la medida ejecutada por la policía o Fiscalía; en consecuencia, cuando nos referimos a la restricción de derechos fundamentales como es el caso de la inviolabilidad del domicilio estos deben realizarse no solo siguiendo un debido proceso sino también ponderando los derechos e intereses a alcanzar, tomando en cuenta además que existan razonables motivos que lo justifiquen, es por ello que el ingreso a un domicilio solo puede darse fuera de los otros supuestos, con autorización judicial, autorización que solo se justifica en caso de existir un hecho delictivo, después de evaluar el cumplimiento de las garantías mínimas, dentro de un debido proceso, y siempre que existan suficientes elementos de convicción que justifiquen dicha medida, en tal sentido, se entiende que la justificación de su adopción es valorada solo en el marco de una investigación ya incoada toda vez que solo dentro de un proceso se puede controlar la debida restricción de derechos, y garantizar el limite a cualquier forma de abuso y arbitrariedad.

¿Cuál es la naturaleza de los hechos que persigue el Ministerio de Transporte y Comunicaciones?

Téngase en cuenta que, los hechos que reclama el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como transgresores de la norma, pasibles de persecución y sanción también constituyen un hecho delictivo, ya que sin autorización emanada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones se estaría utilizando indebidamente el espectro radioeléctrico, configurándose el delito de **Hurto** previsto y sancionado por el **Artículo 186° del Código Penal**, el cual prescribe que *“el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años cuando el hurto es cometido utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales”*, en tal sentido aun cuando conforme a la normativa que rige el accionar del Ministerio de Transportes y Comunicaciones concordante con la Ley del Procedimiento Administrativo General Nro. 27444, está permitido la adopción de medidas cautelares en vía administrativa, debe tomarse en consideración que estos hechos pueden por un lado tener el carácter de delictivo como en el presente caso, o no, y en este último caso ser solo pasibles de sanción administrativa, en tal entendido en el primer supuesto y el cual es el que nos convoca, se presenta la necesidad de dilucidar si debe primar su tramitación en vía administrativa o penal, y sobre este punto ya ha dejado sentada su postura el Tribunal constitucional en la **STC N.º 094-2003-AA/TC**, cuando sostiene que *“(…) lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal al que pudiera ser sometido un efectivo policial por habérselo imputado la comisión de un hecho penalmente punible; ello, debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen[...]; el Tribunal asume [...] que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una*

inconducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal"³, en tal entendido el hecho materia de análisis puede perfectamente ser pasible de una sanción administrativa con la consiguiente adopción de medidas cautelares en esta vía, y paralelamente estar sujeta a una investigación de índole penal en donde también podrán aplicarse medidas cautelares "encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte"⁴.

Ahora bien muy al margen de que el procedimiento administrativo y el proceso penal son de diversa naturaleza y no se contraponen el uno al otro, si se debe tener en cuenta que lo que se está investigando son los mismos hechos, por tal motivo la adopción de medidas cautelares tanto en sede administrativa como en el proceso penal si se pueden contraponer en la práctica como por ejemplo cuando paralelamente se dispone la incautación de documentos como estrategia de investigación por representante del Ministerio Público y al mismo tiempo la incautación de dichas instrumentales por la autoridad administrativa, hecho que en ciertos casos generaría un conflicto temporal en razón de los fines que se dará a los bienes incautados, toda vez que en el proceso penal se necesitará en ciertos casos, según estrategia de investigación y naturaleza de los bienes incautados, de su conservación hasta la realización del Juicio Oral, contrario a lo que ocurrirá en vía administrativa ya que según lo previsto por la propia normativa que rige al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, podrá la autoridad administrativa disponer de esos bienes por pasar a ser de su propiedad, en tal sentido de producirse la disposición de dichos bienes por la autoridad administrativa antes de que culmine el proceso penal se podría afectar la secuela normal del proceso penal y su consecuente resultado.

En este orden de ideas lo que se pretende no es limitar las facultades conferidas a la autoridad administrativa sino ponderar el interés público y la persecución de un hecho que si constituye delito, además, debe tomarse en consideración de que en el presente caso el bien jurídico afectado es de tal importancia que se ha motivado la intervención del Derecho Penal el cual es de *ultima ratio*, y cuyos intereses deben primar a efectos de esclarecer el hecho delictivo, en el entendido de que su intervención se ha producido a consecuencia de la trascendencia del hecho.

Por otro lado la afectación de derechos fundamentales como lo hemos explicado en los considerandos precedentes implica la sujeción de la autoridad a un debido proceso debiendo la decisión ser razonada y justificada, en tal sentido al ser el hecho un

³ Sentencias del Tribunal Constitucional, APECC, 2012, Lima - Perú.

⁴ GOMEZ ORBANEJA, Medidas cautelares, 1974.pp.17.

presunto delito, la afectación de los derechos fundamentales de las partes solo se justifica dentro de un proceso con todas las garantías que ofrece el proceso penal, ya que solo dentro de este proceso se puede controlar la actividad legítima o arbitraria del ejecutante; por lo que al necesaria la limitación de derechos fundamentales en el presente caso se justifica que estos se den dentro de un proceso penal.

Así, frente a la comisión de un presunto hecho delictivo corresponde poner dichos hechos en conocimiento de la autoridad encargada de su persecución, ya que entiéndase que estos actos y en el caso en particular, el Hurto del espectro electromagnético, constituye un hecho delictivo perseguible de oficio y en los que el agraviado es el Estado, por tal motivo tomado conocimiento de su comisión existe la obligación de denunciar dichos hechos, máxime si la obligación no proviene de cualquier particular sino de un funcionario o servidor público miembro del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien debe buscar cautelar no solo los interés del Ministerio de transportes y Comunicaciones sino de la sociedad en su conjunto quien es la afectada por los hechos cometidos presuntamente por las emisoras radiales ilegales.

¿Cuál es el rol del Ministerio Público y del Juez de Investigación Preparatoria?

En este entendido el Ministerio público frente a la comisión de un hecho delictivo cumple un rol activo que no puede estar sujeto a injerencias de otros órganos pues su autonomía así lo establece, es que al encontrarnos frente a un presunto hecho delictivo como el “hurto del espectro electromagnético”, el Ministerio Público no puede dejar de lado su misión persecutora del hecho delictivo para ser reemplazada por el de dar “legalidad a un acto administrativo”, hecho que si se justificaría siempre que el acto que motive la intervención del Ministerio Público no constituya delito como podría ser la ejecución de una medida cautelar de incautación de bienes a nivel administrativo, hecho en el que su intervención se justifica a fin de garantizar los derechos de las partes y evitar arbitrariedades, como es el accionar de un Fiscal de Prevención del Delito; pero contrario a este razonamiento el caso que nos convoca si constituye un presunto delito, por lo que la intervención del Ministerio Público debe ser activa, ya que este ente es quien debe dirigir la investigación así como un allanamiento o incautación de bienes, ya que como se ha dicho precedentemente estos actos constituyen restricción de derechos, por tal motivo solo pueden estar justificados en la medida que se requieran dentro de un proceso penal de garantías.

Por otro lado, el Juez de Investigación Preparatoria, conforme lo establece el **Artículo 2º numeral nueve de la Constitución Política del Perú**, es la autoridad encargada de dar la autorización para el ingreso al domicilio ajeno, pues se requiere un mandato judicial para su ejecución; en tal sentido cuando el Ministerio de Transportes y

Comunicaciones solicita autorización al Juez de Investigación preparatoria o también llamado de garantías autorización para un allanamiento, y descerraje, debe tomarse en consideración que el Artículo **29° del Código Procesal Penal** establece en su **numeral 2°** que es competencia de los juzgados de Investigación Preparatoria “*imponer; modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria*”, es decir, tal como se puede evidenciar, este magistrado es competente efectivamente para imponer medidas limitativas de derechos como es el caso de un descerraje y consecuente allanamiento, pero su competencia inicia desde que existe una investigación preparatoria, entendida ésta como una etapa de un proceso penal, lo cual implica necesariamente que los hechos hayan sido materia de una denuncia penal y se encuentran sujetos a una investigación.

Por otro lado la denominación en doctrina del Juez de investigación preparatoria como juez de garantías, obedece a la circunstancia de que su intervención ocurrirá a fin de vigilar de que en una investigación dirigida por otro órgano (Ministerio Público) no se vulneren derechos, y tómesese en cuenta que la supervisión del respeto y no afectación de derechos que ejerce, solo, se da en el marco de un proceso penal incoado bajo los parámetros del Nuevo Código Procesal Penal.

Sobre el allanamiento solicitado:

Haciendo un paréntesis y a decir del **Nuevo Código Procesal Penal**, el **artículo 202°** en el **numeral 202.1**, prescribe que, “*cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del evento delictivo, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado*”, siendo que entre las medidas restrictivas de derechos reconocidas en el CPP, tenemos entre otros al **allanamiento** previsto en el Art. 214° al 217°. Ahora bien este **allanamiento**, debe ser ejecutado con las debidas garantías para el afectado, debiéndose tomar en consideración lo previsto por el **Artículo 214° numeral 1 del Nuevo Código Procesal Penal** el cual prescribe que “*Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre 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**, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto*”; siendo que aquí lo sostenido en este articulado no hace más que confirmar nuestra postura, al sostener que, para efectos de restringir derechos es necesario estar inmerso dentro de un proceso penal ya iniciado, pues el articulado nos hace referencia a la **relevancia en una investigación**, la cual se entiende que se realiza bajo la dirección del Ministerio

Publico, hecho que se ajusta a nuestro razonamiento por ser la naturaleza del hecho materia de análisis uno de carácter ilícito.

III. CONCLUSIONES

- En apariencia existiría un aparente conflicto entre las funciones ejercidas entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Ministerio Público, el cual no existe en la realidad dado que la naturaleza de la intervención de ambos órganos se da en situaciones y ámbitos distintos (a nivel de investigación penal y administrativo cautelar) los cuales se rigen por principios y normativas distintas y propias a la naturaleza de cada uno de ellos; en tal sentido, ambos órganos no son contradictorios en el ejercicio de sus funciones sino como se ha sostenido su intervención se da en dos planos distintos.
- El espectro radioeléctrico es un recurso del Estado y debe ser usado conforme lo establecen los reglamentos al respecto, y corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones el otorgamiento de las licencias, imposición de sanciones y adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso administrativo, siendo que se reconoce que el Ministerio Público y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tienen la plena potestad de ejecutar medidas cautelares, cada uno en su ámbito de competencia; por otro lado, el caso que nos convoca tiene naturaleza penal por lo que corresponde su conocimiento e investigación, muy al margen del procedimiento administrativo sancionador que se siga paralelamente contra los presuntos responsables, al representante del Ministerio Público, la investigación de estos hechos, pues en el marco de sus funciones es quien dirigirá la investigación y adoptará las medidas que crea conveniente en el marco de la estrategia de investigación que adopte y sujetando su accionar al control que pueda eventualmente ejercer el Juez de Investigación Preparatoria, reconociéndose que de ser necesaria la restricción de derechos fundamentales, estos, solo se podrán garantizar dentro de un proceso penal, por lo que frente a la existencia de un hecho delictivo solo corresponde la restricción de derechos en el marco de un proceso penal, lo cual no desconoce que a nivel administrativo se sancionen los mismos hechos dada la naturaleza distinta que tienen ambas vías, o que se adopten medidas cautelares concordantes con los fines del procedimiento; por tanto, entiéndase que se debe interpretar a la normatividad existente en nuestro país como un todo unitario e integral a fin de ponderar intereses y garantizar derechos fundamentales y no de modo aislado, lo cual podría producir no solo afectación a derechos fundamentales, sino también se podría incurrir en usurpación de funciones y manifiesta arbitrariedad.

- Así con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal las reglas de juego han sufrido un giro de trescientos sesenta grados, por lo que la intervención del Juez de Investigación Preparatoria no se justifica sin la existencia de un proceso penal pues se trasgredirían las funciones que se le han conferido, al igual que al Ministerio Público, ya que utilizarlo como mero certificador de la legalidad de un acto como si fuera un "notario público", lo descalificaría de las funciones encomendadas como director de la investigación penal, en tal sentido con el NCPP las reglas establecidas por Leyes y reglamentos como los que regulan al Ministerio de Transportes y Comunicaciones deben ajustarse a los nuevos parámetros de una administración de justicia penal garantista, caso contrario la antinomia normativa nos seguirá haciendo caer en arbitrariedades.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Bobino Alberto. Principios Políticos del procedimiento Penal. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires.
- Víctor Cubas Villanueva. *"Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal"*. Revista Jurídica Derecho y Sociedad N° 25 Lima.
- Código Procesal Penal, Editorial RODHAS, 2012, Lima - Perú.
- GOMEZ ORBANEJA. Medidas Cautelares. 1974. pp.17.
- Sentencias del Tribunal Constitucional, APECC, 2012, Lima - Perú.

alerta informativa