



**Sala Penal Nacional de Apelaciones
Colegiado A**

Expediente : 00046-2017-3
Jueces superiores : **Castañeda Otsu** / Guillermo Piscoya / Burga Zamora
Ministerio Público : Primera Fiscalía Superior Nacional
Solicitante : Nicolay Castillo Gutzalenko y otros
Especialista judicial : Julio Augusto Yauri Medina
Materia : Apelación de auto que dispone allanamiento judicial

Sumilla: Para dictar una medida de allanamiento en fase de las diligencias preliminares, se precisa tener en cuenta su naturaleza y finalidad, el contexto, y el avance de la investigación.

Resolución N.º 04
Lima, veintidós de febrero
de dos mil dieciocho

AUTOS y OÍDOS.– En audiencia pública, el recurso de apelación formulado por las defensas de los investigados Nicolay Castillo Gutzalenko y Jaime Eduardo Sánchez Bernal, y los representantes de las empresas afectadas, Construcción y Administración S.A., Constructora OAS S.A. sucursal del Perú, y San Martín Contratistas Generales S.A., contra la Resolución N.º 2. Actúa como ponente la presidenta del Colegiado A, jueza superior **Susana Ynes Castañeda Otsu, y ATENDIENDO:**

Resolución materia del recurso de apelación

1. Es materia de apelación la Resolución N.º 2, emitida el cinco de enero de dos mil dieciocho, por la jueza María de los Ángeles Álvarez Camacho, titular del Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el extremo que declaró **fundado el requerimiento de allanamiento** presentado por la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Equipo Especial; y precisó que la orden comprende el registro domiciliario, con descerraje en caso de negativa o ausencia de personas en el inmueble (incluyendo ambientes interiores y demás dependencias cerradas); la autorización expresa para la detención de personas (en situación de flagrancia



o con mandato judicial); la incautación de documentos, bienes y objetos de interés para la investigación o decomiso; y el registro personal de todos aquellos que se encuentren presentes al inicio o durante la diligencia, siempre y cuando se considere que pueden ocultar bienes delictivos o que se relacionen con el mismo, respecto de los inmuebles cuyo allanamiento ordenó y se identificaron del siguiente modo:

- Inmueble vinculado al investigado **Nicolay Castillo Gutzalenko**
Av. La Floresta N.º 571, dpto. 201, Santiago de Surco, Lima
- Inmueble vinculado al investigado **Ruperto Luis Antonio Flores Mancera**
Jr. Morro Solar N.º 1010, urb. Juan Pablo de Monterrico, Santiago de Surco, Lima
- Inmueble vinculado al investigado **Franco Martín Burga Hurtado**
Calle Amador Merino Reyna N.º 460, int. 1201, Urb. Jardín, San Isidro, Lima
- Inmueble vinculado al investigado **Jaime Eduardo Sánchez Bernal**
Av. Javier Prado Este N.º 4109, urb. Santa Constanza, Santiago de Surco, Lima

Fundamentos de la resolución impugnada

2. La jueza Álvarez Camacho declaró fundado el requerimiento de allanamiento de diversos inmuebles, entre ellos, los indicados en el extremo impugnado, con base en las siguiente razones:

i) El requerimiento fiscal cumple con los requisitos que exigen los artículos 202, 214 y 217 del Código Procesal Penal (en adelante CPP). En cuanto a la forma, el Ministerio Público ha cumplido con identificar los inmuebles materia de allanamiento y su vinculación con los investigados; también detalló los datos de identificación y de relación con los investigados, de acuerdo a su tesis fiscal de "representación" de las empresas integrantes del Club de la Construcción (en adelante, el Club) y a lo señalado expresamente por el colaborador eficaz N.º 06-2017.

ii) Asimismo, ha cumplido con precisar el nombre de los fiscales que intervendrán, ha indicado como finalidad específica encontrar bienes y/o



información que sean de interés para la investigación, y se han detallado las diligencias a realizar. Finalmente, ha precisado las medidas de coerción que solicita (allanamiento con descerraje, registro domiciliario e incautación) y se ha establecido un tiempo máximo de duración de la diligencia por veinticuatro horas, lo cual considera razonable.

iii) En cuanto al fondo, si bien se trata de hechos que no corresponden a una situación de flagrancia delictiva, existen motivos razonables para considerar que se ocultan los investigados o que se pueden encontrar bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación en sus domicilios e, incluso, en los domicilios fiscales de las empresas relacionadas. Además, atendiendo a la complejidad del caso, existe previsibilidad de que el acceso a los inmuebles será negado.

iv) Por último, si bien se cuenta principalmente con la delación obtenida del Colaborador Eficaz N.º 06-2017 (en adelante, el Colaborador), no se trata únicamente de su declaración, sino de otras diligencias realizadas producto de los actos de corroboración desplegados por la Fiscalía. En consecuencia, se cuenta con suficientes elementos de convicción y, por todo lo señalado, la medida resulta proporcional por ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Agravios de las defensas de los apelantes

Respecto al investigado Nicolay Castillo Gutzalenko

3. El mencionado investigado interpone recurso de apelación al sentirse afectado por el allanamiento a su domicilio ubicado en la av. La Floresta N.º 571, Dpto. 201, Santiago de Surco, Lima. Sus agravios son los siguientes:

i) No existen elementos suficientes ni necesarios para un allanamiento, pues la Fiscalía no solo no cuenta con una corroboración firme del caso, sino que



tampoco cuenta con los presupuestos de verificación de la información y de la tesis sostenida por el Colaborador.

ii) La medida tomada se basa en la supuesta relación que podría haber existido entre su patrocinado y el investigado Prialé de la Peña; y en el hecho de que la empresa Graña y Montero, en la cual trabajó, obtuvo la buena pro de dos obras, una de ellas en concesión.

iii) Se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la propiedad, ya que la Fiscalía ingresó a su domicilio de forma arbitraria, e incautó documentos e información personal no convenientes para la investigación.

Su pretensión es la revocatoria íntegra de la resolución impugnada.

Respecto a la empresa San Martín Contratistas Generales S.A.

4. La defensa de la referida empresa representada por Fernando Miguel Silva La Rosa apela por el allanamiento de su domicilio fiscal ubicado en jr. Morro Solar N.º 1010, urb. Juan Pablo de Monterrico, Santiago de Surco. Este inmueble está vinculado al investigado Ruperto Luis Antonio Flores Mancera, según el requerimiento fiscal. Sus agravios son los siguientes:

i) En relación a la recolección de los elementos de convicción, según el mandato de la jueza, esta debía en el inmueble de los investigados; sin embargo, el allanamiento se realizó en el domicilio de su representada y no en el inmueble de Flores Mancera, quien sí está siendo investigado. Se justifica la medida de manera subjetiva, sin ningún respaldo legal ni probatorio.

ii) La información podría haber sido obtenida a través de un requerimiento formal a la empresa, más aún si esta no es objeto de investigación directa.

iii) En cuanto al test de proporcionalidad, no se ha realizado un análisis de la idoneidad de la medida, pues solo se ha señalado que es idónea, pero la jueza

no ha explicado la relación de causalidad; sobre el subprincipio de necesidad, no ha explicado la relación de causalidad medio-fin; y, en relación al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la jueza se refiere a la gravedad de la medida sin que se haya realizado ningún test de razonabilidad.

iv) Cuestiona la representación del investigado Flores Mancera, quien es apoderado Tipo B, y no Tipo A, por lo que no fue representante de la empresa en las licitaciones públicas.

Su pretensión es que se revoque la resolución impugnada y se declare infundado el requerimiento fiscal.

Respecto a la empresa OAS S.A. Sucursal del Perú

5. La defensa de la citada empresa representada por el investigado Franco Martín Burga Hurtado apela por el allanamiento de su domicilio fiscal ubicado en la calle Amador Merino Reyna N.º 460, interior 1201, urb. Jardín, San Isidro, Lima. Señala como agravios lo siguiente:

i) Se ha vulnerado el principio de legalidad penal, puesto que los hechos no se subsumen en los tipos penales de tráfico de influencias, toda vez que el elemento del tipo se encuentra referido a la "litis judicial o administrativa", mas no a un proceso de licitación. Igualmente se han tipificado los hechos en el delito de organización criminal, cuando este tipo penal no se encontraba vigente a la fecha de los hechos.

ii) No se configuran los presupuestos generales de las medidas de búsqueda de pruebas ni de restricción de derechos, previstos en el artículo 203 del CPP, respecto a la proporcionalidad. Además, no existen suficientes elementos de convicción en términos cualitativos.



iii) Se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones, puesto que la jueza no justifica los motivos por los cuales sería "previsible" que se le impidiera al Ministerio Público el ingreso al domicilio de la empresa.

Su pretensión es que se revoque el extremo impugnado de la resolución.

Respecto al investigado Jaime Eduardo Sánchez Bernal

6. El impugnante es investigado y además representante de la empresa Construcción y Administración S.A. Apela por el allanamiento del domicilio fiscal de la citada empresa, ubicado en la av. Javier Prado Este N.º 4109, urb. Santa Constanza, Santiago de Surco, Lima, pues cuestiona que se hayan incautado algunos bienes de su propiedad al ingresar a su oficina dentro del local de la empresa. Sus agravios son los siguientes:

i) Se vulnera el principio de legalidad penal, ya que la jueza no hace referencia a la existencia del elemento objetivo de "procedimiento judicial o administrativo" del delito de tráfico de influencias. En cuanto al delito de organización criminal, no estaba vigente durante el periodo de la investigación. Por ello, postula la atipicidad absoluta de los hechos.

ii) Se ha vulnerado el derecho a la debida motivación, toda vez que no se ha realizado un análisis razonado ni justificado acerca de la previsibilidad del impedimento al acceso del inmueble de la empresa. Aunado a ello, no se cuenta con suficientes elementos de convicción, puesto que los datos son simples registros y contratos públicos.

iii) La medida no resulta idónea, necesaria ni proporcional en sentido estricto. La jueza no se ha pronunciado sobre las medidas alternativas ni ha identificado el fin constitucional legítimo.

Su pretensión es la revocatoria de la resolución impugnada.



Respecto a la empresa **Construcción y Administración S.A.**

7. La defensa de la citada empresa representada por el investigado Jaime Eduardo Sánchez Bernal apela por el allanamiento de su domicilio fiscal antes detallado, señalando similares agravios a los expuestos por el investigado Sánchez Bernal:

i) La vulneración del principio de legalidad penal respecto a los delitos de tráfico de influencias y de organización criminal, pues no estaba vigente en el intervalo de tiempo investigado, así como la vulneración del derecho a la debida motivación, porque que no se ha realizado un análisis que justifique la previsibilidad del impedimento al acceso del inmueble de la empresa. Aunado a ello, no se cuenta con suficientes elementos de convicción: los datos son simples registros y contratos públicos.

ii) La medida no resulta idónea, necesaria ni proporcional en sentido estricto.

Su pretensión es la revocatoria de la resolución impugnada.

Posición del Ministerio Público

8. El fiscal adjunto superior Ronald Cristian Reymundo Prieto ¹, en relación a los agravios de los impugnantes, sostiene lo siguiente:

8.1 Respecto a los agravios del **afectado Castillo Gutzalenko**, indica que su defensa vulnera el principio de congruencia procesal, pues sí existen elementos de convicción, ya que Castillo Gutzalenko representaba a la empresa Graña y Montero, e intercedía ante un funcionario público para que lo favorezca en las licitaciones públicas, hecho que ocurrió. Además, dicha empresa habría participado en las reuniones del Swissôtel, café Baltazar y Capeco, lo que se corrobora con los elementos de convicción N.^{os} 1, 13 y 78. En tal sentido, se ha cumplido con los requisitos que se establecen en el inciso 1

¹ De la Primera Fiscalía Superior Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.



del artículo 203 y 214 del CPP. La jueza no ha incurrido en falta de motivación de las resoluciones, ya que existe el elemento de convicción N.º 25 que guarda relación con el elemento de convicción N.º 60, y porque las reuniones se dieron antes y después de las contrataciones.

8.2 En cuanto a los agravios de la **empresa San Martín Contratistas Generales S.A.**, esta tuvo como representante al investigado Flores Mancera, y se produjo la vinculación con los elementos de convicción N.ºs 25 y 60, así como con los N.ºs 13 y 30. La resolución impugnada se encuentra fundamentada en el considerando 22, y se cumple con lo dispuesto en los artículos 203 y 214 del CPP.

8.3 En relación a los agravios de la **empresa OAS S.A. Sucursal Perú**, considera que existen suficientes elementos de convicción y que no se vulnera el principio de legalidad penal. Señala que, en todo caso este cuestionamiento debe ser materia de una excepción de improcedencia de acción.

Refiere que los hechos se corroboran con el elemento de convicción N.º 25, que está relacionado con el N.º 60, los que vinculan a la empresa. Existe una relación de obras en la que se habría favorecido a la empresa OAS. Además, se tiene los elementos de convicción N.ºs 13 y 30 referidas a los consumos en el Swissôtel y en el café Balthazar. Precisa que también se tiene el elemento de convicción N.º 75, un acta de búsqueda y fechas que coinciden con las fechas de consumo del Swissôtel. Por último, se tiene el elemento de convicción N.º 77, correspondiente al acta de filtrado de llamadas.

8.4 En lo que respecta a los agravios de la **empresa Construcción y Administración S.A., y del investigado Sánchez Bernal**, sostiene de manera conjunta que la referencia de tipicidad absoluta tendría que ser materia de una excepción de improcedencia de acción. En cuanto a la norma invocada por el delito de organización criminal, sostiene que, en los fundamentos 41, 42 y 43 de la resolución recurrida, se hace referencia a que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal. Además, existen suficientes elementos de

convicción, como el N.º 25, concordante con el N.º 60 y el N.º 59, con el N.º 62. Finalmente, agrega que se ha cumplido con los presupuestos del inciso 1 del artículo 203 del CPP, en concordancia con el artículo 214 del acotado código.

Fundamentos del colegiado para resolver

Sobre la inviolabilidad del domicilio y el allanamiento como uno de sus límites

9. El derecho a la inviolabilidad de domicilio se encuentra consagrado en el inciso 9 del artículo 2 de la Constitución. Su enunciado establece:

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.

10. Por su parte, el inciso 2 del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

En términos similares se consagra en el numeral 1 del art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ambas disposiciones consagran que, frente a estas injerencias o estos ataques, toda persona tiene derecho a la protección de la ley². Debemos precisar que este derecho tiene una connotación amplia, pues protege la esfera del hogar contra allanamientos o

² Según el Comité de Derechos Humanos, el concepto de domicilio ha de entenderse en su acepción de lugar donde una persona reside o ejerce su ocupación habitual. Por otro lado, en cuanto a las injerencias arbitrarias pueden hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la Ley; sin embargo, con la introducción del concepto de arbitrariedad, se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto, y sea, en todo caso, razonable en atención a las circunstancias particulares del caso. [cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N.º 16, "El derecho al respeto a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y la reputación". Puntos 3, 4 y 5].



indebidas intrusiones visuales o auditivas de terceros en la intimidad y de sus actividades³.

11. Sobre este derecho, nuestro Tribunal Constitucional ha dejado establecido que los terceros, sean particulares o agentes públicos, en principio, están prohibidos de penetrar el ámbito domiciliario donde habita una persona, salvo que medie el consentimiento de esta, que **exista una autorización judicial**, se haya configurado una situación de flagrancia delictiva o que el peligro inminente de la perpetración de un hecho ilícito sea una realidad⁴. Sostiene, además, que no siempre que se produzca una injerencia en el espacio físico por él garantizado, sin que se cuente con el consentimiento de su titular, se generará automáticamente una lesión del derecho si es que se sustenta en un mandato judicial, que debe considerar si los motivos por los cuales se solicita su adopción se encuentran previstos en la ley, si tienen una finalidad constitucionalmente legítima, y si su ejecución es necesaria e indispensable para cumplir dicha finalidad⁵.

12. El dispositivo constitucional detallado ha sido desarrollado en parte por el Código Procesal Penal que establece como uno de sus límites el allanamiento con mandato judicial, medida restrictiva que se encuentra regulada en los artículos 214 a 217 del CPP, los que deben ser concordados con el artículo VI del Título Preliminar y los artículos 202⁶ y 203 del mencionado código adjetivo. El inciso 1 del artículo 203 precisa del cumplimiento de los siguientes presupuestos por el juez que dictará la medida limitativa: a) existencia de suficientes elementos de convicción, b) observancia del principio de proporcionalidad, y c) debida motivación.

³ PETRINO, Romina. "Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad". En: *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*. ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (Director), 1era. edición, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 214.

⁴ STC N.º 4085-2008-PHC, de 10 de diciembre de 2008, fj. 5.

⁵ STC N.º 3-2005-PI, de 9 de agosto de 2006, ff.jj. 351 y 352.

⁶ "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".



13. Los presupuestos y requisitos para requerir la medida de allanamiento se encuentran previstos en el artículo 214 del CPP, referidos a la existencia de 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. La disposición en comentario dispone que el fiscal solicitará la medida, "siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto". Por su parte, el inciso 2 estipula que se debe consignar la ubicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados, la finalidad específica del allanamiento, las diligencias a practicar y el tiempo aproximado que durará.

Naturaleza y finalidad del allanamiento y su evaluación en el contexto de las diligencias preliminares

14. El allanamiento es un acto indirecto de preconstitución de prueba porque, en sí misma considerada, no tiene por objeto la determinación del hecho o la participación de su autor, sino que es un medio necesario para la práctica de una detención o la realización de un registro con el objeto de recoger el cuerpo del delito⁷. En efecto, en atención a su naturaleza y finalidad, el allanamiento al igual que el registro que surge como consecuencia de su ejecución son actos de investigación que se realizan con la finalidad de obtener futuras pruebas o elementos de convicción útiles para la investigación.

15. Por otro lado, una investigación penal está sujeta al principio de progresividad, en la medida que el objeto del proceso se va delimitando conforme a su avance, pasando desde una sospecha inicial hasta la certeza, de allí la subdivisión del proceso en etapas: investigación preparatoria, que incluye las diligencias preliminares, etapa intermedia y el juicio, cada una con sus respectivos fines.

⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Delito & Procesal Penal. Lecciones. Nuevas perspectivas a cinco instituciones penales*. Lima: Jurista Editores, 2017. p. 139.



16. Para el caso que nos ocupa interesa resaltar los fines de las diligencias preliminares, por ser este contexto en que se dictó el allanamiento. Conforme al inciso 2 del artículo 330 del CPP, la finalidad de las referidas diligencias es "(...) realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente"⁸.

17. Como la orden de allanamiento ha sido dictada durante las diligencias preliminares, es necesario tener en cuenta que esta fase del proceso penal constituye el estado más incipiente de la investigación. También es necesario tener en cuenta que a lo largo del proceso penal, y según el principio de progresividad, se pueden configurar diversos niveles de sospecha de la comisión de actos delictivos (la certeza solo se construye luego del juicio oral). Se requiere niveles más intensos de sospecha para dar fundamento a medidas más intensas y etapas progresivas del proceso⁹.

18. Tratándose de una medida de allanamiento, el grado de sospecha que se requiere para dictarla debe tener como base su naturaleza y finalidad, el contexto, y el avance de la investigación. En tal sentido, la convicción deberá darse, fundamentalmente, en los aspectos más específicos de la medida; es decir, se requiere una conexión razonable fundada en elementos de convicción de que en el lugar donde ha de practicarse la medida podrán hallarse los sujetos u objetos a que hace referencia el artículo 214 del CPP.

⁸ La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estableció que "son tres los fines de las diligencias preliminares: i) realizar actos urgentes sólo para determinar si los hechos denunciados son reales y si además configuran uno o varios ilícitos penalmente perseguidos; ii) asegurar la escena del crimen y la evidencia sensible de la presunta comisión del delito, y evitar en lo posible mayores consecuencias derivadas de la perpetración del delito; e iii) individualizar al presunto imputado fundamentalmente y al agraviado si es posible". Casación N.º 318-2011-Lima, de 22 de noviembre de 2012, fundamento 2.8.

⁹ En el fundamento 24 de la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, por ejemplo, se indica que un grado de sospecha suficiente es idóneo para sustentar un requerimiento acusatorio y la emisión de un auto de enjuiciamiento.

En esa medida, el Colegiado comparte lo expuesto por San Martín Castro, quien sostiene que la cantidad de indicios delictivos está en función al momento en que se solicite la medida, a las características limitativas y entidad lesiva de la medida a solicitarse, así como a la gravedad del hecho que necesita esclarecerse¹⁰.

Análisis del caso

19. El Colegiado advierte que los agravios de las defensas tanto de los dos investigados como de las tres empresas afectadas, se refieren a los siguientes aspectos comunes: **i)** la inexistencia de suficientes elementos de convicción en términos cualitativos para sustentar la medida de allanamiento, ya que no se ha corroborado la información proporcionada por el Colaborador; **ii)** la falta de vinculación entre los investigados y las empresas cuyos domicilios fueron allanados; **iii)** que no se ha aplicado correctamente el test de proporcionalidad; **iv)** no haber dado razones por las cuales sería "previsible" que se negara el ingreso a los inmuebles; **v)** la afectación al principio de legalidad penal, pues los hechos no se subsumen en el delito de tráfico de influencias; y **vi)** afectación al principio de irretroactividad de la ley penal respecto al delito de organización criminal.

20. En cuanto a la **inexistencia de suficientes elementos de convicción** en términos cualitativos para sustentar la medida de allanamiento.

20.1 Sobre este agravio, se precisa que la orden de allanamiento fue dictada a requerimiento del fiscal supraprovincial, quien luego de realizar varias corroboraciones de la información proporcionada por el colaborador, sostuvo que:

existen motivos razonables para considerar que la medida de allanamiento con descerraje permitirá el ingreso a los inmuebles solicitados y posteriormente la incautación de cosas relevantes para la investigación, como por ejemplo, vouchers de cuentas bancarias, depósitos electrónicos, documentos de compra

¹⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP y CENALES, 2015. p. 335.



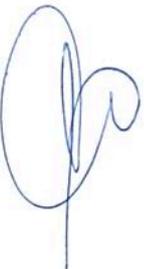
y venta de bienes muebles, escrituras públicas, entre objetos del delito, ya que los hechos de la imputación se refieren a transacciones dinerarias a través del sistema financiero y es razonable entender que en los inmuebles vinculados con los imputados es probable que exista documentación relevante o efectos del delito"¹¹.

20.2 Establecida la pretensión del Ministerio Público, la determinación de la existencia o no de elementos objetivos que sustenten la adopción de la medida de allanamiento pasa por establecer los hechos que motivaron el inicio de las diligencias preliminares, las acciones realizadas por esta entidad dentro del marco de sus funciones y la necesidad de continuar con dichas diligencias.

20.3 Para tal fin, se tiene en cuenta que los hechos materia de indagación surgieron a partir de la declaración del Colaborador (funcionario de la empresa Odebrecht), quien habría sostenido la existencia de un pacto entre empresas peruanas y extranjeras representadas por un lobista para distribuirse el otorgamiento de la buena pro de diversas obras de carreteras en Provias Nacional con participación del representante del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante MTC). Estas empresas habrían conformado el denominado Club y logrado licitaciones en mérito a la participación de Rodolfo Edgardo Prialé de la Peña -sindicado como el lobista-, quien fungía como representante de las empresas privadas y era el encargado de recibir el 2.92% del valor referencial de la obra, así como la participación de Carlos Eugenio García Alcázar, funcionario del MTC, encargado de operativizar los acuerdos ilícitos dentro de la institución donde trabajaba.

20.4 Igualmente se sostiene que el referido colaborador habría proporcionado los nombres de las empresas del Club y de sus representantes, entre ellos, Nicolay Castillo, representante de la empresa GYM; Eduardo Sánchez, representante de la empresa H&H (CASA); Luis Flores Mancera, representante de la empresa San Martín; y Franco Burga, representante de la empresa OAS.

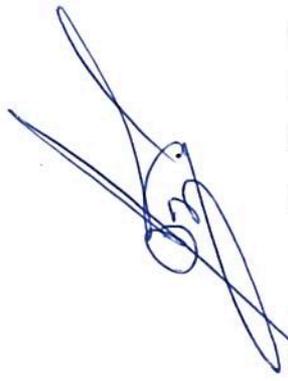
¹¹ Tal como figura en el fundamento N.º 216 del requerimiento de allanamiento, obrante a fojas 110.


20.5 Otra información importante proporcionada por el colaborador, serían los lugares que habrían servido para concretizar los acuerdos ilícitos, los que fueron identificados como el lobby bar del hotel Swissôtel, restaurante Balthazar de la avenida Canaval y Moreyra, y las oficinas de Capeco ubicadas en el distrito de San Isidro, cerca al citado hotel.

21. Como consecuencia de los actos de corroboración iniciados, la Fiscalía dio cuenta que ha logrado determinar lo siguiente:


i) La existencia de las empresas que conformarían el Club, entre ellas, Graña y Montera S.A., Construcción y Administración S.A., San Martín Contratistas Generales S.A., y Constructora OAS S.A. sucursal del Perú, entre otras;

ii) Que las empresas mencionadas por el Colaborador habían participado en las licitaciones a cargo de Proviás Nacional, habiendo sido favorecidas dentro del período de indagación -entre otras empresas- las siguientes:


- **Graña y Montero en dos licitaciones** (LP N.º 1-2011-AATE y LP N.º 0006-2011-MTC/20): la primera está referida a la "elaboración del expediente técnico y ejecución de las obras civiles y electromecánicas del sistema eléctrico de transporte masivo de Lima y Callao, línea 1, tramo 2, av. Grau-SJL", en consorcio con la empresa Odebrecht; y la segunda está referida a la "ejecución de la obra: rehabilitación y mejoramiento de la carretera Quinoa-San Francisco, tramo 2: Km. 78+500 - Km. 172+420 (San Francisco)", cuyo contrato se firmó el veintitrés de noviembre del dos mil once.

- **Construcción y Administración S.A. en tres licitaciones** (LP N.º 0002-2011-MTC/20, LP N.º 0006-2012-MTC/20, LP N.º 00016-2012-MTC/20), consorciadas con otras empresas: la primera está referida a la "ejecución de la obra de rehabilitación y mejoramiento de la carretera Chamaya-Jaén-San Ignacio-Rio Canchis, tramo: San Ignacio-Puente Integración", cuyo contrato se firmó el veintitrés de noviembre del dos mil once; la segunda está referida a la



"rehabilitación y mejoramiento de la carretera Juanjuí-Tocache, tramo: Campanilla-Juanjuí", contrato suscrito el veinticinco de octubre de dos mil doce; y la tercera está referida a la obra "ampliación de la segunda calzada de la carretera Tingo María-Aguaytía-Pucallpa, tramo Dv. Aeropuerto Pucallpa, altura del cementerio Jardín del Buen Recuerdo", contrato suscrito el dieciocho de enero de dos mil trece. Todas en forma consorciada.

- **Constructora OAS S.A. sucursal del Perú en dos licitaciones** (LP N.º 0014-2011-MTC/20 y LP N.º 00024-2012-MTC/20): la primera, corresponde a la "rehabilitación y mejoramiento de la carretera Lima-Canta-La Viuda-Unish, tramo: Lima-Canta", cuyo contrato fue suscrito el once de mayo de dos mil doce. Y la segunda corresponde a la "construcción y mejoramiento de la carretera Camaná Dv. Quilca-Matarani-Ilo-Tacna, tramo Dv. Quilca-Matarani", contrato suscrito el dieciocho de abril del dos mil trece.

- **Empresa San Martín Contratistas Generales S.A.**, en una licitación (LP-0002-2015-MTC/20) correspondiente a la "rehabilitación y mejoramiento de la carretera Puerto Bermúdez-San Alejandro, tramo: Puerto Sungaro-Dv. San Alejandro", cuyo contrato fue suscrito el **veintitrés de noviembre de dos mil quince**.

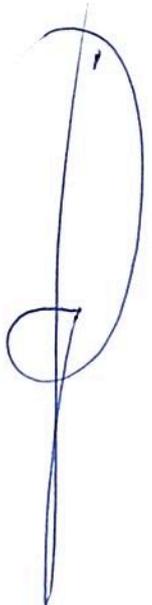
iii) Los nombres completos de los representantes de las empresas que habrían participado en los actos ilícitos del Club durante el periodo de indagación son los siguientes: Nicolay Castillo Gutzalenko, respecto de la empresa Graña y Montero; Jaime Eduardo Sánchez Bernal, de la empresa H&H (CASA); Ruperto Luis Antonio Flores Mancera, de la empresa San Martín; y Franco Martín Burga Hurtado, de la empresa OAS, entre otros;

iv) La existencia de diferentes consumos que tendrían relación con las empresas integrantes del Club, tanto en el Swissôtel como en el restaurante Balthazar;

v) La cercanía de los consumos con los procesos de licitación de las obras que realizaba Provías Nacional, a las que le otorga la condición de coincidentes relevantes;

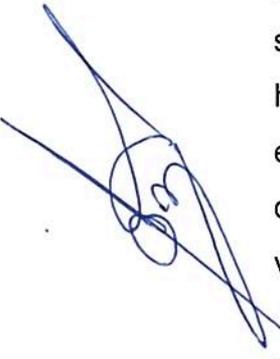


vi) Carlos Eugenio García Alcazar, sindicado como funcionario del MTC, cumplía la función de intervenir ante el comité de contrataciones, con la finalidad de direccionar las licitaciones públicas. Ejerció el cargo de Asesor II del Despacho Viceministerial de Transportes del MTC, del dos de setiembre de 2011 al dos de julio de 2014 (Resoluciones Ministeriales N.ºs 630-2011-MTC/01 y 436-2014-MTC/01);



vii) La existencia de Rodolfo Edgardo Prialé de la Peña y su relación cercana con Carlos Eugenio García Alcázar, entre otras corroboraciones.

22. Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 481-A del CPP, la declaración del Colaborador puede ser usada para nuevas investigaciones y que muchos de los datos proporcionados han sido corroborados, tal situación justificaba el deber del Ministerio Público de continuar con sus actos de indagación, en forma directa o solicitando autorización judicial en los supuestos que la ley lo requiere.



En relación a este agravio los investigados Castillo Gutzalenko y Sánchez Bernal, así como la empresa Construcción y Administración S.A. sostienen que solo se cuenta con simples registros y contratos públicos. Al respecto, como se ha indicado, la declaración del colaborador habría alcanzando –no obstante el estado de la investigación– niveles de credibilidad que justifican la continuación de la investigación por parte del Ministerio Público, al haberse corroborado su versión en muchos aspectos.

23. Estando a lo anotado, a pesar de que la medida de allanamiento se dictó durante la fase de diligencias preliminares, la Fiscalía logró corroborar la mayor parte de información proporcionada por el Colaborador; por tanto, la verosimilitud de su declaración adquiere consistencia. Asimismo, se ha



determinado que las empresas Graña y Montero S.A., Construcción y Administración S.A., y Constructora OAS S.A. sucursal del Perú resultaron favorecidas con las licitaciones públicas que se han detallado durante el periodo objeto de investigación.

En tal sentido, la decisión de la jueza de amparar el requerimiento de allanamiento de inmuebles solicitado por el fiscal, en el que sospechaba que podía encontrar evidencias útiles para esclarecer la investigación y decidir si formaliza o no la misma, no constituye una decisión arbitraria con base en apreciaciones subjetivas, sino que resulta justificada. Motivos por los cuales se desestiman los agravios formulados, excepto los relacionados a la empresa San Martín Contratistas Generales, por los fundamentos que se exponen a continuación.

24. El fiscal provincial en su requerimiento de allanamiento precisó que el Colaborador señaló el nombre de la empresa San Martín como parte del Club, y sindicó a Ruperto Luis Flores Mancera como su representante, datos que se corroboraron con la información registral, la consulta RUC y portal web de dicha empresa www.sanmartinperu.pe, además de las dos actas fiscales. Asimismo, corroboró que la citada empresa era asociada a Capeco y que Flores Mancera fue asociado de esta institución, según Partida Registral N.º 1101289.

La jueza Álvarez Camacho en la resolución impugnada consigna el inmueble ubicado en el jr. Morro Solar Nro. 1010, urb. Juan Pablo de Monterrico, Santiago de Surco, Lima, como domicilio fiscal de la empresa San Martín Contratistas Generales, conforme a la Partida Registral N.º 00450820, Zona N.º IX – Sede Lima, extremo del asiento B00016; y establece la vinculación con el investigado Flores Mancera por haberse desempeñado como representante de la misma, por lo que dispuso el allanamiento del domicilio de la citada empresa.

El Colegiado considera que, si bien existen los datos de corroboración ya anotados respecto al investigado Flores Mancera y a la empresa San Martín Contratistas Generales S.A., también es cierto que, a diferencia de las demás empresas impugnantes, el fiscal no aportó elementos de convicción acerca del favorecimiento de esta empresa con alguna licitación pública durante el 2011 a julio de 2014, delimitados como marco de imputación. En efecto, la obra en la que obtuvo la buena pro es la LP N.º 0002-2015 "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Puerto Bermúdez - San Alejandro, tramo Puerto Sungaro-Dv. San Alejandro", cuyo contrato se firmó el 23 de noviembre del 2015.

Por estas razones y teniendo en cuenta los hechos puestos en conocimiento a la jueza, se concluye que al momento en que se dictó el allanamiento los elementos de convicción que precisa el artículo 203 del CPP no justificaron la medida, pues era necesario establecer un nexo entre la empresa con el favorecimiento de alguna licitación pública, hecho que en este caso no habría ocurrido. En consecuencia, en este extremo se estima el agravio de la defensa de la empresa San Martín Contratistas Generales S.A.

25. Respecto al agravio consistente en la **falta de vinculación entre los investigados y las empresas cuyos domicilios fueron allanados**, este ha sido expuesto por la defensa del investigado Castillo Gutzalenko, debido a la inexistencia de vínculo laboral con la empresa Graña y Montero cuando se efectuó el allanamiento. Al respecto, el Colegiado advierte que, si bien se niega su condición de representante en la actualidad, no se ha negado la representatividad en el periodo de indagación ni descartado su vinculación con la citada empresa, razón más que suficiente –atendiendo al estado de la investigación y la necesidad de obtener mayor información por parte del Ministerio Público– para que se haya autorizado la orden de allanamiento en su domicilio. En efecto, conforme a las reglas de la experiencia, es razonable concluir que una persona puede mantener en su poder información de hechos sospechosos del delito en la que habría estado involucrado, aun cuando no



tenga la condición de representante de una empresa en cuyo ejercicio se sospecha cometió actos ilícitos.

Asimismo, la falta de acreditación de un vínculo directo con el investigado Prialé de la Peña no constituye un impedimento para que se dicte el allanamiento, pues, como se ha señalado, la tesis incriminatoria inicial fue su participación a través del Club y no de una relación directa.

26. En cuanto al agravio de que **no se ha aplicado correctamente el test de proporcionalidad** al autorizar el allanamiento de los inmuebles, el Colegiado tiene en consideración que el principio de proporcionalidad es un mandato constitucional incorporado en el último párrafo del artículo 200 de nuestra Constitución, y se erige como un límite a la actuación arbitraria del poder público. Ha sido desarrollado ampliamente por el Tribunal Constitucional que afirma que "implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos"¹². Para determinar su cumplimiento al momento de decidir por la limitación de un derecho fundamental, deben analizarse los tres subprincipios que lo integran: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En el presente caso, el análisis de estos subprincipios tiene que realizarse en el contexto de la investigación, es decir, teniendo en cuenta el estado en que se encuentra y la medida limitativa de derechos que se cuestiona.

27. En cuanto al subprincipio de idoneidad, se tienen dos aspectos: el primero es que se persiga un fin constitucionalmente legítimo, y el segundo, que la medida bajo análisis sea conducente a este fin¹³. Expuesto lo anterior, el Colegiado considera que el allanamiento constituye una medida idónea para los fines de obtención de prueba o elementos de convicción con fines de persecución penal, porque, por un lado, satisface un fin constitucionalmente legítimo -la persecución del delito-, y, por otro, resulta realmente idóneo para tal

¹² STC N.º 006-2003-AI/TC, de 01 de diciembre de 2003, fj. 9.

¹³ Por ejemplo, las sentencias recaídas en los expedientes N.º 16-2002-AI/TC, de 30 de abril de 2003 y 2235-2004-AA/TC, de 18 de febrero de 2005.

fin. En el caso de la medida bajo análisis, es de entender que se trata de una medida contemplada en el Código Procesal Penal que persigue el objetivo de acceder a objetos o sujetos vinculados al proceso que se encuentren dentro de un recinto cerrado. En resumidas cuentas, se trata de una técnica de investigación cuya función es la de obtener y, por su carácter irrepetible, asegurar fuentes futuras de pruebas"¹⁴.

En efecto, la existencia de corroboraciones respecto a la declaración del Colaborador incrementan la sospecha de la existencia de hechos con relevancia penal; en consecuencia, la Fiscalía, como titular de la acción penal, en función del mandato previsto en el artículo 159 de la Constitución, tiene el deber de continuar investigando para cumplir sus funciones, y, como esa información podía estar bajo el dominio de las personas naturales y jurídicas, tenía que usar los mecanismos necesarios para tal fin, dentro del marco legalmente permitido. Es en este contexto, el allanamiento se convierte en el mecanismo idóneo para obtener la información, porque es razonable sostener que tanto las personas jurídicas como naturales pueden preservar en sus domicilios algunas evidencias.

28. En lo relativo al subprincipio de necesidad, segundo aspecto del principio de proporcionalidad, según nuestro Tribunal Constitucional, debe efectuarse un "análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin"¹⁵. Es un mandato de optimización respecto del medio utilizado para la consecución del fin (ya establecido como legítimo) que se busca alcanzar con una medida.

29. Las defensas técnicas del investigado Sánchez Bernal, y de las empresas Construcción y Administración S.A., Constructora OAS S.A. sucursal del Perú, y San Martín Contratistas Generales S.A. han planteado el incumplimiento de

¹⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Delito & Procesal Penal. Lecciones. Nuevas perspectivas a cinco instituciones penales*. Lima: Jurista Editores, 2017. p. 139.

¹⁵ Sentencia recaída en el Exp. N.º 579-2008-PA/TC, de fecha 5 de junio de 2008. fj. 6.



dicho test, pues sostienen que la medida de allanamiento no era necesaria, ya que existían otras medidas menos gravosas que permitirían alcanzar el mismo objetivo de recolección de pruebas, por ejemplo, requerirles que hagan entrega de los originales o copias legalizadas de la documentación o de los medios informáticos que necesitaba el Ministerio Público. El Colegiado precisa que las defensas aluden a la exhibición forzosa regulada en el artículo 218 del CPP.

Sobre esta alternativa, aunque el allanamiento, la exhibición e incautación de bienes pueden, en algunos supuestos concretos, ser efectivamente alternativas, en el presente caso no lo son. Al respecto, conforme al inciso 1 del artículo 218 del CPP, se puede ordenar judicialmente la exhibición del bien o bienes requeridos por el fiscal, lo que implica necesariamente una determinación precisa de cuáles son estos bienes.

30. En el presente caso, como fluye del requerimiento fiscal, la solicitud se vincula a la búsqueda de objetos relevantes para la investigación que, como se ha señalado, pueden consistir en contratos, documentos, soportes digitales, entre otros. En el caso que nos ocupa, por el nivel de la investigación, no podría existir una identificación clara y precisa de cuáles serían los bienes a requerir a las personas naturales y a las empresas. Por lo tanto, un requerimiento de exhibición dejaría fuera posibles elementos vinculados a los delitos imputados, y tampoco podría determinarse la integridad de la exhibición de la documentación por parte de los presuntos involucrados.

A ello debe sumársele el carácter secreto e inmediato de la medida de allanamiento. En estas circunstancias, el requerimiento de exhibición no lograría la finalidad específicamente perseguida (dar con piezas documentales que no han sido identificadas con certeza absoluta), más bien restaría eficacia a medidas como la dictada.

31. El Colegiado considera que, si la tesis del Ministerio Público es que los representantes de las empresas implicadas habrían incurrido en conductas con relevancia penal en favor de ellas, resulta lógico pensar que dentro de sus instalaciones puedan conservar evidencias que sirvan para corroborar las

sospechas existentes. Si fuese así, la búsqueda de esa información dentro de sus recintos se constituye en un imperativo, pero, como la posibilidad de que no se brinde esa información resulta consustancial al derecho a la no autoincriminación, la necesidad de solicitar el allanamiento en el caso que nos ocupa se constituye como el único medio idóneo para los propósitos de una investigación eficaz. Cualquier otra medida no tendría la idoneidad requerida, porque podría facilitar el ocultamiento de la información que las personas o empresas involucradas puedan conservar en el interior de sus instalaciones.

32. En lo que respecta al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, implica la concreción de la fórmula ponderativa de acuerdo con la que a mayor afectación de un principio mayor deberá ser la concreción del otro¹⁶. Esta relación entre principio o derecho afectado y principio optimizado tiene un límite, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, si bien el principio de proporcionalidad, en sentido estricto, "impide la injerencia desproporcionada sobre los [derechos fundamentales, esta] evaluación debe medirse en conjunto con otro límite, el cual es la prohibición de rebasar el contenido esencial del derecho"¹⁷.

33. En este caso, se verifica que están en juego dos mandatos constitucionales: por un lado, la necesidad de búsqueda de información por parte del Ministerio Público con fines de persecución penal y, por el otro, el derecho a la inviolabilidad del domicilio; el Colegiado opta por el primero. La razón que justifica esta opción está determinada, en primer lugar, porque los hechos investigados se relacionan con aspectos presuntamente ilícitos que afectarían el correcto funcionamiento de la administración pública, toda vez que los funcionarios públicos no estarían cumpliendo con el ejercicio de sus funciones al servicio de la Nación, como lo disponen los artículos 39 y 44 de la Constitución; y, en segundo lugar, porque se estaría afectando el patrimonio

¹⁶ Según Robert Alexy, tiene que ver con la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, que en función de la ley de ponderación implica tener en cuenta que, cuanto mayor sea el grado de satisfacción o retribución de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro. *cf.* ALEXY, ROBERT. *Teoría de la argumentación*. Lima: Palestra, 2007. p. 460.

¹⁷ STC N.º 0731-2004-HC/TC, sentencia del 16 de abril de 2004, f.j. 11.



del Estado en montos significativos, al tratarse de conductas presuntamente cometidas en la licitación de obras por montos millonarios¹⁸.

Por el contrario, la afectación a la inviolabilidad de domicilio resulta de una intensidad leve, ya que no se han producido intromisiones excesivas en la intimidad, plazos irrazonables o medios desproporcionados para la concreción del allanamiento. En efecto, dicha medida ha sido dictada por el plazo de diez días de notificada a la Fiscalía, y con una duración de su ejecución de 24 horas de iniciada la misma. No se aprecia ninguna injerencia o intromisión innecesaria en la intimidad de los sujetos, en tanto que todos los elementos materiales objeto de allanamiento pueden guardar, razonablemente, conexión con los hechos imputados y están delimitados al recojo de información que tiene relación con los hechos investigados.

Por las razones expuestas, los agravios vinculados al incumplimiento del test de proporcionalidad no son de recibo por parte del Colegiado.

34. En cuanto al agravio consistente en **no haber dado razones por las cuales sería previsible que se negará el ingreso a los inmuebles**, este agravio ha sido expuesto por la empresa Constructora OAS S.A sucursal del Perú. Conforme al inciso 1 del artículo 214 del CPP, el Fiscal solicitará el allanamiento siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto. A nuestro criterio, una inferencia correcta es sostener que una persona que puede resultar perjudicada penalmente con alguna información o evidencia que tenga en su poder, no la entregará a las autoridades encargadas de la persecución penal en forma voluntaria, inclusive si tiene la posibilidad de ocultarla lo hará.

Por otro lado, debemos considerar que en nuestro sistema jurídico no solo se sanciona la responsabilidad de las personas naturales cuando actúan en forma

¹⁸ Conforme sostiene el Tribunal Constitucional existen principios implícitos en la contratación pública que deben ser preservados como son los siguientes: transparencia de las operaciones, imparcialidad, libre competencia y trato justo e igualitario a los potenciales proveedores, bienes jurídicos, que justamente está obligado a proteger el Estado.

personal o a nombre de una persona jurídica¹⁹, sino además a las personas jurídicas²⁰. En consecuencia, resulta razonable pensar que al existir esa posibilidad, y dada la gravedad de los hechos puestos en conocimiento de la jueza y los que según la imputación se enmarcan en la criminalidad organizada, era previsible que tanto los investigados como las empresas vinculados a ellos, se negaran a autorizar el ingreso a sus inmuebles. Por lo que este agravio también se desestima.

35. Sobre la afectación al principio de legalidad penal, se cuestiona que los hechos no se subsumen en el delito de tráfico de influencias, al no hacer referencia al elemento objetivo del tipo "procedimiento judicial o administrativo". Este agravio es sostenido por las defensas del investigado Sánchez Bernal así como de las empresas Constructora OAS S.A Sucursal del Perú, y Construcción y Administración S.A. El Colegiado considera que un órgano jurisdiccional puede autorizar la realización de diligencias como el allanamiento, si del análisis de los hechos advierte que tienen relevancia penal. Que los errores en la calificación jurídica pueden ser corregidos durante el avance de la investigación, inclusive hasta el momento mismo del juicio²¹.

En el caso que nos ocupa, la información del Colaborador tendría contenido penal, al haber sostenido la existencia de acuerdos entre los representantes de las empresas integrantes del Club con el lobista y el funcionario del MTC ya mencionados, con la finalidad de obtener la buena pro en las obras licitadas por Provías Nacional, para cuyo efecto habrían tenido que pagar el 2.92% del valor referencial de la obra. La relevancia penal surge porque existe la probabilidad

¹⁹ El artículo 27 del Código Penal, establece la punibilidad de las actuaciones en nombre de la persona jurídica

²⁰ Es innegable que los artículos 102 a 105 del Código Penal, contienen auténticas formas de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

²¹ Artículo 374.1.- Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esta posibilidad (...). En relación con el Artículo 397.2.- En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el Juez Penal haya dado cumplimiento al numeral 1) del artículo 374.



de haberse afectado bienes jurídicos importantes, como lo es el correcto funcionamiento de la administración pública, el que implica preservar el correcto desempeño de los deberes y funciones de los servidores y funcionarios, asumidos con la finalidad de administrar las necesidades del Estado. Razones por las cuales este agravio no es amparado.

36. En cuanto a la afectación al **principio de irretroactividad de la ley penal**, este agravio es alegado por las defensas del investigado Sánchez Bernal así como de las empresas Constructora OAS S.A Sucursal del Perú, y Construcción y Administración S.A. Consideran que se ha afectado el referido principio pues se han calificado los hechos como delito de organización criminal, tipo penal incorporado a nuestra legislación penal el año 2016, cuando los hechos se habrían cometido entre los años 2011-2014.

Sobre este agravio, nos remitimos a las consideraciones expuestas en una decisión anterior²², en la cual establecimos:

i) que el Decreto Legislativo N.º 1244²³, publicado el 29 de octubre de 2016, modificó el artículo 317 del Código Penal, y reemplazó el *nomen iuris* de asociación ilícita por el de organización criminal; en consecuencia, es a partir del 30 del citado mes y año que entra en vigor la nueva descripción típica del artículo 317 bajo el rótulo de organización criminal. Desde la entrada en vigor del Código Penal, el tipo penal contenido en el artículo 317 ha sufrido hasta cuatro modificaciones, conforme se aprecia en el cuadro siguiente:

Ley / D. Leg.	Ley 28355	D. Leg. 982	Ley 30077	D. Leg. 1181	D. Leg. 1244
Fecha de publicación en el diario oficial	06.10.2004	22.07.2007	20.08.2013	27.07-2015	29.10.2016

²² Resolución N.º 3, de fecha 07 de febrero de 2018, emitida en el Exp. N.º 00046-2017-2-5201-JR-PE-01. Juez superior ponente, Oscar Burga Zamora.

²³ Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas.

ii) que la conducta de "formar parte" o "integrar" una "organización destinada a cometer delitos", que es lo habría sucedido, según el Colaborador, siempre ha sido una modalidad típica del delito de asociación ilícita, tal como se puede advertir de las cuatro modificaciones efectuadas al referido artículo, específicamente la de los años 2007 y 2013, que corresponde al marco temporal en que habría operado la organización criminal;

iii) que estando a la naturaleza permanente del delito, en su momento, de ser el caso, el órgano jurisdiccional deberá resolver el conflicto de normas penales en el tiempo que se pueda presentar, a fin de determinar cuál es la ley penal que resultaría más favorable para los investigados, de conformidad con el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución.

37. Finalmente, un agravio que formula el investigado Castillo Gutzalenko está relacionado con la afectación al derecho de propiedad. Al respecto, el Colegiado estima que no se ha puesto en riesgo este derecho, pues se han incautado documentos y soportes informáticos que podrían contener información relacionada con la investigación iniciada, lo que se encuentra justificado por la necesidad de búsqueda de elementos de convicción. Además no se advierte que la actuación fiscal o la autorización judicial se encuentre fuera del marco en el que razonablemente se podía encontrar información relacionada con los hechos materia de investigación, por lo que se descarta el uso de la información privada del investigado o de su familiares. Motivos por los cuales este agravio se desestima.

DECISIÓN

Por estas razones, los magistrados integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios **RESUELVEN:**

1. **CONFIRMAR** la Resolución N.º 2, emitida el cinco de enero de dos mil dieciocho, por la jueza María de los Ángeles Álvarez Camacho, titular del Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en



Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el extremo que declaró **fundado el requerimiento de allanamiento** presentado por la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Equipo Especial; y precisó que la orden comprende lo siguiente: el registro domiciliario, con descerraje en caso de negativa o ausencia de personas en el inmueble (incluyendo ambientes interiores y demás dependencias cerradas); la autorización expresa para la detención de personas (en situación de flagrancia o con mandato judicial); la incautación de documentos, bienes y objetos de interés para la investigación o decomiso; y el registro personal de todos aquellos que se encuentren presentes al inicio o durante la diligencia, siempre y cuando se considere que pueden ocultar bienes delictivos o que se relacionen con el mismo, respecto de los inmuebles cuyo allanamiento ordenó y se identificaron del siguiente modo:

- Inmueble vinculado al investigado **Nicolay Castillo Gutzalenko**
Av. La Floresta N.º 571, dpto. 201, Santiago de Surco, Lima
- Inmueble vinculado al investigado **Franco Martín Burga Hurtado**
Calle Amador Merino Reyna N.º 460, int. 1201, urb. Jardín, San Isidro, Lima (domicilio fiscal de la empresa Constructora OAS S.A. sucursal del Perú)
- Inmueble vinculado al investigado **Jaime Eduardo Sánchez Bernal**
Av. Javier Prado Este N.º 4109, urb. Santa Constanza, Santiago de Surco, Lima (domicilio fiscal de la empresa Construcción y Administración S.A.)

2. REVOCAR la citada Resolución N.º 2, en el extremo que resolvió declarar fundado el requerimiento de allanamiento sobre el inmueble ubicado en jr. Morro Solar N.º 1010, urb. Juan Pablo de Monterrico, Santiago de Surco, Lima, correspondiente al domicilio fiscal de la empresa San Martín Contratistas Generales S.A., el cual está vinculado al investigado **Ruperto Luis Antonio Flores Mancera**; y **REFORMÁNDOLA** declarar **INFUNDADO** dicho requerimiento fiscal y **NULOS** los actos de ejecución derivados de la orden de allanamiento. **Notifíquese y devuélvase.-**

Sres.:


CASTAÑEDA OTSU


GUILLERMO PISCOYA


BURGA ZAMORA

PODER JUDICIAL


JULIO AUGUSTO YAURI MEDINA
ESPECIALISTA JUDICIAL

Sala Penal Nacional de Apelaciones
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA