DIRECTORES:
Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

Tratamiento, Prevención e Intervención:

El sistema penal en el Perú del 2022

COORDINADORAS:
Leslie Milena Málaga Mujica
Marian Lucía Montoya Saccsara

Amachaq
Escuela Jurídica

DIRECTORES:
Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

Tratamiento, Prevención e Intervención:

El sistema penal en el perú del 2022

COORDINADORAS:
Leslie Milena Málaga Mujica
Marian Lucía Montoya Saccsara

Amachaq
Escuela Jurídica

TRATAMIENTO, PREVENCIÓN E INTERVENCIÓN: EL SISTEMA PENAL EN EL PERÚ DEL 2022

AUTORES:
Esta es una obra colectiva

DIRECTORES:
Romero Casilla, Anthony Julio
Flores Zerpa, Allen Martí
Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORAS:
Málaga Mujica, Leslie Milena
Montoya Saccsara, Marian Lucía

COLABORADORES:
Alva Sangay, Dorelli Francisca
Montoya Montoya, Zeiner André

EDITADO POR:
© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.
Jr. María Antonieta #399
Urb. Palao 2da. etapa
amachaq.escuela.juridica@gmail.com
Lima – Perú

PRIMERA EDICIÓN DIGITAL – DICIEMBRE 2022 LIBRO ELECTRÓNICO DISPONIBLE EN:
www.editorialamachaq.com/libro-cienciaspenales-2022

ISBN: : 978-612-48692-6-6
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° XXXXXXXXX

TRATAMIENTO, PREVENCIÓN E INTERVENCIÓN: EL SISTEMA PENAL EN EL PERÚ DEL 2022

Amachaq Escuela Jurídica

Disponible en:

www.editorialamachaq.com/libro-cienciaspenales-2022

Año: 2022

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com
www.editorialamachaq.com

El libro "Tratamiento, prevención e intervención: El sistema penal en el Perú del 2022" de Amachaq Escuela Jurídica es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

www.editorialamachaq.com/libro-cienciaspenales-2022

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO DE LOS DIRECTORES 10

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES 13

I. DERECHO PENAL: PARTE GENERAL

- **Aproximación a la criminalidad imprudente médico-sanitaria**
  Rafael Alexis Armas Cabrera 21

- **Tratamiento jurídico penal, constitucional y convencional de la inmunidad presidencial a efectos de alcanzar el equilibrio apropiado entre dicha inmunidad y la proscripción de la corrupción en el poder, en aras de la vigencia de nuestro Estado Convencional y Constitucional de Derecho**
  Roger Armas Sánchez 37

II. DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL

- **El combate preventivo y represivo del delito de lavado de activos**
  Fernando Vicente Núñez Pérez 53

- **Los fines utópicos de las penas en los delitos de violación sexual**
Lee Allison Mantilla Torres 83

III. DERECHO PROCESAL PENAL

- **Nuevos desafíos de la Policía Nacional y el Ministerio Público para la consolidación de la reforma procesal penal**
Dalmiro Huachaca Sánchez 93

- **La admisión excepcional de prueba extemporánea en juicio oral, producto de un estado de indefensión por causal de defensa ineficaz**
Rosmery Melissa Ferre Nerio 105

- **Ilicitud civil y proceso penal: apuntes para la persecución de la reparación civil en delitos de explotación humana**
César Cárdenas Lizarbe 119

- **Aspectos problemáticos de la innegable relación entre colaboración eficaz y prisión preventiva**
Gian Pierre Alcántara Villanueva 141

- **La prueba en los casos de violencia sexual: especial referencia a la declaración de la víctima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español**
Milagros Medalit Vásquez Soto 149

- **Vacío legislativo frente a infracciones al principio de congruencia en el control acusatorio regulado por el Nuevo Código Procesal Penal**
Katheryn C. La Madrid Hermoza 163

- **La "excepcionalidad" de la prisión preventiva y su impacto en el Sistema Penal**
Raquel Limay Chávez 177

- **La mesa de trabajo pericial y su ausencia de regulación**
Ninoschka Morales Lucho.....189

IV. DERECHO PENITENCIARIO Y EJECUCIÓN PENAL

- **Realidad Penitenciaria y una visión a futuro**
Juan Ranulfo Herrera Chávez.....201

- **La tecnología y su aplicación en el tratamiento penitenciario**
Carlos Alberto Apolinario Ureta.....207

- **La dicotomía del remedio legal de rehabilitación ¿Un ciudadano se encuentra rehabilitado al cumplimiento de toda la pena impuesta o al momento de cumplido el régimen de prueba y no haber cometido nuevo delito doloso?**
Brandon Santos Mori Ramírez.....215

- **La cárcel como factor criminógeno y política penitenciaria**
Jorge A. Pérez López.....229

V. CRIMINOLOGÍA Y CRIMINALÍSTICA

- **Reflexiones sobre las posibilidades y límites del abordaje de la prevención en el siglo XXI**
Julio Corcuera Portugal.....241

PRÓLOGO DE LOS DIRECTORES

El Sistema penal nacional, sobre todo en el ámbito carcelario, presenta diversos problemas que lo han sumergido históricamente en una profunda crisis. Este panorama ha suscitado que aumenten las cifras de la criminalidad, modalidades de delincuencia e impunidad. Sin embargo, implementar o configurar una eficiente política criminal necesita del diagnóstico para determinar respuestas focalizadas al problema que, a su vez, respeten el Estado de derecho y las finalidades constitucionales de las penas; ya que su aplicación no debe excluir el tratamiento digno del reo ni soslayar la reinserción a la sociedad de aquel que ha quebrantado el *statu quo* legal.

Es debido a este panorama que, desde la dirección de AMACHAQ, se propuso llevar adelante la tercera edición del Congreso Nacional de Ciencias Penales, en aras de brindar a la comunidad jurídica un análisis exegético del ordenamiento peruano, pero también con el objetivo de analizar –desde una mirada prevencionista– las políticas que se han implementado en los últimos años, toda vez que no pueden soslayarse las críticas que se han erigido al momento de evaluar la prevención del delito en el sistema penal nacional.

Por ello, se recopilan los tratamientos de excelentes y destacados especialistas que, junto a académicos del Derecho, nos interpelan a la reflexión. Los trabajos académicos que se exponen se encuentran

relacionados a asuntos de suma relevancia doctrinaria, práctica y de realidad social mediante el tratamiento de tópicos de las diversas disciplinas que conforman las Ciencias Penales. Así, se tienen artículos de Derecho Penal material: parte general y parte especial; Derecho Procesal Penal; Criminología; y, especialmente, Derecho Penitenciario y Ejecución Penal.

De esta manera, el lector hallará ponencias y tratativas referidas a los tópicos ya referidos que, a su vez, han sido organizados mediante un excelente programa con los mejores especialistas en estos contenidos. Esperamos que la lectura de este libro que —impulsado por estudiantes y egresados sanmarquinos que conforman AMACHAQ Escuela Jurídica— contribuya al estudio de cada uno de nuestros lectores y que los contenidos vertidos aporten significativamente a la divulgación del conocimiento jurídico en materia penal de forma que fomente el debate académico y la pulcritud de conocimientos.

No podemos dejar de agradecer a cada uno de los profesores, especialistas, doctrinarios, investigadores y académicos que aceptaron formar parte de este innovador proyecto. Asimismo, a todos los miembros colaboradores del Área de Ciencias Penales de nuestra institución. Esta obra también es resultado de la dedicación y tiempo de cada uno de ellos y –sobre todo– de aquella motivación característica de todo estudiante y académico del derecho, de fomentar el estudio y reflexión de temas en boga sobre la materia que hoy nos atañe.

Finalmente, desde AMACHAQ Escuela Jurídica, reafirmamos nuestro compromiso para con cada uno de nuestros lectores y todos los profesionales y estudiantes de derecho de seguir contribuyendo con la búsqueda de problemáticas relevantes del derecho así como la continuidad de la producción y difusión de trabajos académicos de calidad.

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

PRÓLOGO DE LAS COORDINADORAS

Al momento de analizar el ordenamiento jurídico nacional, en aras de implementar una política criminal acorde a la solución de las problemáticas actuales que aquejan el país, se debe tener en cuenta que en el Perú rige el Estado de derecho, el cual se erige sobre un conjunto de valores y principios amparados por la dignidad. De esta manera, la persona no puede perder este principio supremo al momento de configurar la política criminal que resulte relevante y conveniente. Además, teniendo en cuenta que el Derecho Penal apunta a prevenir y sancionar los delitos, resulta importante abordar el motivo por el cual —aun existiendo políticas criminales que intentan contrarrestar fenómenos como la delincuencia, el hacinamiento y problemas procesales— en nuestro país no se han logrado resultados esperados y, en cambio, se ha consolidado una respuesta desfavorable a las víctimas, pues el sistema funciona deficientemente al no detener con eficacia al delincuente, no imponerle correctamente una medida coercitiva y contribuyendo al hacinamiento carcelario.

Por tal motivo, la presente publicación contiene escritos de disertaciones llevadas a cabo en el marco del *III Congreso Nacional de Ciencias Penales*, llevado a cabo desde el 10 al 15 de octubre y organizado por AMACHAQ, asociación de estudiantes y egresados de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; en aras de ofrecer al receptor de este proyecto

académico las más altas reflexiones de docentes, investigadores y doctrinarios del Derecho Penal, quienes abordan diversos temas relacionados al eje temático que titula el presente evento: *Tratamiento, prevención e intervención: El Sistema penal a un Perú del 2022*.

Todo ello de la mano de excelentes docentes motivados por la altruista idea de contribuir proactivamente al conocimiento, cuyos contenidos que se han organizado de la siguiente manera:

En materia de **Derecho Penal: parte general**, se ha logrado la recopilación de artículos sobre la criminalidad imprudente en contextos de emergencia médico-sanitaria, así como el tratamiento jurídico penal y constitucional de la inmunidad presidencial, en aras de evaluarla respecto a la proscripción de la corrupción. En cuanto a la **parte especial del Derecho** Penal, se reúnen artículos sobre el combate preventivo y represivo del delito de lavado de activos y las penas en los delitos de violación sexual.

En el ámbito del **Derecho Procesal Penal**, se llevan a cabo algunas reflexiones en torno a la reforma procesal penal y su incidencia en la labor de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, la reparación civil en procesos penales, la admisión de manera excepcional de pruebas extemporáneas producto de la ineficacia de la defensa. Así también, se tratan tópicos referentes al principio de congruencia en el control acusatorio, la excepcionalidad de la prisión preventiva y cómo esta característica no siempre se cumple y la ausencia de regulación de la mesa de trabajo pericial.

Asimismo, la presente edición contiene interesantes reflexiones en torno al **Derecho Penitenciario y Ejecución Penal**, pues resulta sumamente relevante el abordaje de la realidad carcelaria en nuestro país; por ende, se abordan temas concernientes a una visión a futuro de los centros penitenciarios y las innovaciones que –acorde a una política de prevención y resocialización– ameritan abarcar la dicotomía de la rehabilitación y el estudio de la cárcel como factor criminógeno e implementación de una política penitenciaria adecuada.

Para finalizar, en materia de **Criminología y Política criminal**, se ponen en debate los límites del estudio de la prevención en el siglo XXI.

No es posible concluir este prólogo sin antes extender los más cálidos agradecimientos a los académicos, docentes, investigadores y profesores, pues sin su voto de confianza no habría sido posible la concreción de este proyecto. Por consiguiente, nos es grato precisar la relevancia e importancia de cada uno, cuyo laudable trabajo esperamos que sea provechoso para el lector. Por ello, queremos agradecer profundamente a los docentes y renombrados académicos: Abg. Rafael Alexis Armas Cabrera, Abg. Roger Armas Sánchez, Mag. Fernando Vicente Núñez Pérez, Abg. Lee Allison Mantilla Torres, Mag. Dalmiro Huachaca Sánchez, Abg. Rosmery Melissa Ferré Nerio, Mag. César Cárdenas Lizarbe, Abg. Gian Pierre Alcántara Villanueva, Mag. Milagros Medalit Vásquez Soto, Abg. Katherine La Madrid Hermoza, Mag. Raquel Limay Chávez, Est. Ninoschka Morales Lucho, Dir. Juan Ranulfo Herrera Chávez, Lic. Carlos Alberto Apolinario Ureta, Abg. Brandon Santos Mori Ramírez, Dr. Jorge Pérez López y Mag. Julio Corcuera Portugal; todos y todas a quienes deseamos que puedan ver con el mismo orgullo la cristalización de la insignia que nos caracteriza: *Al servicio de la comunidad jurídica.*

Finalmente, desde el Área de Ciencias Penales de AMACHAQ esperamos que el presente trabajo sea satisfactorio para el lector, en la misma intensidad a la que hemos sentido al momento de elaborarlo; solo así habremos alcanzado uno de nuestros principales propósitos al momento de su planificación, pues siempre tenido la consigna de fomentar el estudio del Derecho desde un análisis crítico, poniendo a disposición de la comunidad el bagaje necesario sobre temas importantes con la rigurosidad y minuciosidad que nos representa. Por ende, le deseamos al lector una feliz reflexión de la presente sistematización de textos y transcripciones; cuyos contenidos, impartidos en esta ocasión de manera escrita, no dejan de ser relevantes en la contemporaneidad.

Leslie Milena Málaga Mujica
Marian Lucía Montoya Saccsara

I. DERECHO PENAL: PARTE GENERAL

Aproximación a la criminalidad imprudente médico-sanitaria*

Rafael Alexis Armas Cabrera**
Universidad César Vallejo de Trujillo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Presupuestos objetivos para la atribución de responsabilidad penal a los profesionales sanitarios por la comisión de los delitos de homicidio y lesiones, a título de culpa / 2.1. Determinación de la infracción del deber de cuidado en casos de imprudencia médica. El criterio valorativo de "lex artis ad hoc" como delimitador del riesgo permitido. / 2.1.1 Excurso: ¿Los delitos de homicidio y lesiones, a título de culpa, cometidos en la actividad médica, son delitos de infracción del deber? / 2.2. La realización del riesgo típico en casos de imprudencia médica / 3. Conclusiones / 4. Bibliografía.

1. Introducción

Uno de los tipos de criminalidad imprudente que presenta una alta complejidad en su investigación, procesamiento y enjuiciamiento, es el ámbito de la criminalidad imprudente médico-sanitaria, en la cual se discute la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, especialmente por la comisión de los delitos de homicidio y lesiones, a título de culpa; y es que como bien señala el profesor español MUÑOZ CONDE[1] "*De todas las profesiones liberales, la profesión médica es quizás la que más frecuentemente suscita la intervención del Derecho Penal*".

Entre las diversas razones que explican la especial dificultad en la investigación, procesamiento y enjuiciamiento a los profesionales sanitarios, destacan las siguientes:

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogado por la Universidad César Vallejo de Trujillo. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas en la Universidad Nacional de Trujillo. Actualmente Asistente en Función Fiscal de la Tercera Fiscalía Superior Penal de La Libertad. Correo electrónico: alexisarmasc@gmail.com.

1 Muñoz Conde, F., Prólogo. En: Gómez Rivero, María Del Carmen, "La Responsabilidad Penal del Médico", 2da edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p.15.

1°) Es incontrovertible que la praxis médica se caracteriza por su constante evolución científica, a partir de esta premisa es posible comprender que no todos los actos médicos se encuentren establecidos contenidos en Protocolos, Reglamentos, Guías, o en cualquier otro documento médico, esta situación ocasiona problemas al momento de formular una imputación concreta al profesional o profesionales sanitarios por la comisión del delito de homicidio y lesiones, a título de culpa; y si bien es cierto, en la actualidad existe una tendencia a la "protocolización" de todos los actos médicos, a fin de lograr un debido control acerca de la corrección del acto médico; lo cierto es que, tal iniciativa también debe tener presente la vigencia del "principio de libertad de terapia" que tienen los galenos en el ejercicio de su profesión, y teniendo además presente la situación médica en concreto, evitando caer en generalizaciones,[2] pues el análisis respecto a si el profesional de la salud ha creado o no un riesgo penalmente relevante que lesione el bien jurídico vida o integridad física, siempre debe ser contextualizado.

De acuerdo a lo reseñado, el lector podrá notar que tal circunstancia afecta directamente a la imputación concreta y al juicio de tipicidad objetiva de los delitos previstos en los artículos 111° y 124° del Código Penal, específicamente al momento de atribuir objetivamente al personal sanitario la comisión del delito de homicidio o lesiones, a título de culpa.

2°) Al aproximarnos al estudio de la criminalidad imprudente médico-sanitaria, debemos tener presente otra premisa clave, la misma reza de la siguiente manera: la medicina es una ciencia inexacta. La comprensión de la mencionada premisa tiene dos consecuencias relevantes en el plano de la investigación, procesamiento y enjuiciamiento de casos por imprudencia médica, dichas consecuencia son las siguientes:

- Evita que fiscales y jueces caigan en sesgos retrospectivos al momento de efectuar un análisis jurídico-penal sobre la responsabilidad que le corresponde al profesional sanitario, invirtiendo indebidamente la metodología *ex ante* que se aplica en los tipos imprudentes y aplicando en contra una metodología *ex post*, esto es, partiendo del resultado típico, en este caso de la muerte o lesiones del paciente, hacia la conducta infractora del deber del profesional de la salud.

- Pone de relieve una de las labores más complejas para fiscales y jueces, la cual consiste en establecer que el riesgo creado por el personal sanitario

2 Al respecto, en la jurisprudencia española véase STS del 12 de marzo de 1990, en la cual se advierte sobre el peligro de incurrir en generalizaciones al momento de juzgar un caso de imprudencia médica, al respecto, se enunció lo siguiente: "*no es posible en este campo [actividad médica] hacer una formulación de generalizaciones aplicables a todos los supuestos, sino que es indispensable, acaso con mayor rigor que en otros sectores, la individualizada reflexión sobre el supuesto concreto de que se trate*".

al infringir sus deberes de cuidado sea la única causa que explique la producción de los resultados típicos muerte o lesiones, pues se debe tener presente que aunque se comprobará la creación de un riesgo penalmente relevante para el bien jurídico vida o integridad física, sería insuficiente aún para afirmar la tipicidad objetiva de los tipos penales de homicidio y lesiones previstos en los artículos 111° y 124° del Código Penal; ello en razón de que se tratan de injustos imprudentes de lesión o de resultado, cuya configuración típica exige un menoscabo efectivo -y no probable, ni potencial como en los delitos de peligro- en la vida o integridad física de una persona. En consecuencia, no es punible calificar un hecho como delito de homicidio o lesiones, a título de culpa en grado de tentativa, pues ello únicamente está reservado para los delitos dolosos de resultado, ello de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Código Penal.

3°) La actividad médica se caracteriza por la división del trabajo (vertical y horizontal) entre los miembros que forma parte de una estructura sanitaria pública o privada, ello conlleva a que en este tipo de casos, frecuentemente nos tropecemos con una imputación a un grupo de profesionales sanitarios que intervinieron en un acto médico en diversos momentos y efectuando diversos comportamientos -comisivos u omisivos-; ello procesalmente significa que las investigaciones por imprudencia médica sean complejas, debido a la pluralidad de imputados y también a la cantidad significativa de actos de investigación tendientes acreditar la infracción del deber de cuidado de cada uno de ellos y su vinculación con el resultado típico, evidentemente este tipo de casos exige de parte de los fiscales un fino análisis para la formulación de una imputación concreta a cada uno de los profesionales médicos investigados, y luego para definir su correcto título de intervención delictiva, teniendo en cuenta los diversos problemas que se suscitan en el ámbito de la intervención delictiva de los delitos culposos.

En este marco contextual, el objetivo del presente trabajo es aproximar al lector en el complejo, pero a la vez, interesante campo de la criminalidad imprudente médico-sanitaria, esperando que con estas reflexiones surga un interés para analizar los diversos problemas que se suscitan en la investigación, procesamiento y enjuiciamiento en procesos penales por imprudencia médica; de modo que, en las siguientes páginas nos ocuparemos de establecer en líneas generales los presupuestos objetivos para la atribución de responsabilidad penal a los profesionales de salud por la comisión de delitos de homicidio y lesiones culposas.

2. Presupuestos objetivos para la atribución de responsabilidad penal a los profesionales sanitarios por la comisión de los delitos de homicidio y lesiones, a título de culpa:

Los delitos de homicidio y lesiones, a título de culpa, previstos en los artículos 111° y 124° del Código Penal son los injustos paradigmáticos en la Parte Especial del Código Penal vigente, en los que se discute la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, es por este motivo que un aspecto básico al aproximarnos a su estudio es determinar cuáles son los presupuestos objetivos que permiten atribuirles responsabilidad penal por la muerte o lesiones a un paciente.

2.1. Determinación de la infracción del deber de cuidado en casos de imprudencia médica. El criterio valorativo de "lex artis ad hoc" como delimitador del riesgo permitido:

Frente a una imputación al profesional de la salud por la presunta comisión del delito de homicidio o lesiones, a título de culpa, lo que en primer lugar se debe identificar es si esté tiene una obligación de medios o de resultados, pues su tratamiento jurídico-penal es diferenciado, tal es así que, en la jurisprudencia española se ha reconocido la existencia de una "medicina curativa" y una "*medicina satisfactiva*" (cirugías estéticas); al respecto, conviene citar lo resuelto en la sentencia de la Sala en lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de España de fecha 29 de marzo de 2006, cuando señala que "*la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda es una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo*"..

En segundo lugar, se debe determinar el deber de cuidado que ha vulnerado el profesional o los profesionales sanitarios que participaron en el acto médico, el mismo que comprende la totalidad de las actividades o "intervenciones" que realiza el médico en la relación con un caso singular sometido a su cuidado y atención profesional[3]; esto en clave de imputación objetiva supone analizar si el comportamiento -comisivo u omisivo- del profesional de la salud ha superado o no los límites del riesgo permitido.

Ahora bien, para establecer en un caso en concreto, cuando se ha creado un riesgo penalmente relevante respecto a los bienes jurídicos vida -en el caso del delito de homicidio culposo-, o integridad física -en el caso del delito de lesiones culposas-, tanto la doctrina como la jurisprudencia especializada en la materia nos enseñan que se debe recurrir al criterio denominado "*lex artis ad hoc*", el mismo que nos permitirá delimitar el riesgo permitido en

3 Fernández Sessarego, C.; Woolcott Oyague, O., "*Derecho Médico. De las nociones fundamentales y la responsabilidad médica*". Tomo I, Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 107.

casos de imprudencia médica.

Según la profesora española HAVA GARCÍA[4] el concepto de "lex artis ad hoc" hace referencia a "*un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico, que es confeccionado teniendo en cuenta las características especiales de la profesión, la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos (tales como el estado del enfermo o de las instalaciones sanitarias) para determinar si dicho acto fue conforme o no al nivel de cuidado exigible en esa particular situación*".

Asimismo, la profesora española GÓMEZ RIVERO,[5] de manera amplia explica en qué consiste la aplicación del criterio material de la "lex artis ad hoc" en el ámbito de la criminalidad imprudente médico-sanitaria, ello lo hace en los siguientes términos:

> *"(…) Tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden al afirmar que en la constatación de si se ha infringido el deber objetivo de cuidado no puede ser decisiva la contravención de una regla técnica, o las prescripciones de deontología médica, ni si quiera el cumplimiento de los protocolos o guías médicas de actuación en los que se plasman las directrices o recomendaciones actualizadas establecidas por expertos cualificados para orientar la labor diaria de los profesionales. Por encima de todo eso habrá de atenderse a las circunstancias concurrentes, de tal forma que sólo a través de su ponderación conjunta puede emitirse un juicio en torno a la corrección del acto médico. La pregunta se traslada entonces a delimitar cuáles son esos extremos que el juez habrá de tener presentes para llegar a la convicción en torno a la conformidad o no a las reglas de prudencia del acto médico. Al respecto suele admitirse sin dificultades que en su ponderación habrán de tenerse en cuenta aspectos como la relevancia del bien jurídico afectado en comparación con las posibilidades de éxito del tratamiento, la comprobación en torno a la necesidad de empleo de métodos que se alejaran de los cánones convencionales de la lex artis, la urgencia de la intervención, su grado de complejidad, las circunstancias del lugar y tiempo en que se realiza, los medios disponibles al alcance profesional - dato especialmente relevante en los daños ocasionados por los retrasos en las listas de espera-, el grado de especialización que exige el acto médico en relación con su cualificación, los conocimientos y capacidades especiales y, en definitiva, cuantos extremos pudieran venir a modular el grado de exigibilidad de una conducta diferente. Sólo la conjugación de todos los aspectos anteriores, en su relatividad, viene a modular la medida del cuidado debido y a definir, por*

4 Hava García, E., "R*esponsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena. Comentario crítico de la SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016*", En: InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2017, p.14.
5 Gómez Rivero, M., Ob., Cit., pp.338-341.

> *tanto, la imprudencia en relación con los caracteres que reviste la acción, no la entidad del resultado producido (…)".*

Por otro lado, a nivel de la jurisprudencia española advertimos que también se ha definido en qué consiste la denominada "*lex artis ad hoc*"; al respecto, conviene citar lo resuelto por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del 11 de marzo de 1991, en donde se estableció lo siguiente:

> *"El patrón o estándar de conducta del médico viene determinada por la denominada lex artis, el cual es el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina-ciencia o arte médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)".*

Aunado a ello, a nivel de la jurisprudencia nacional, también se reconoce a la "lex artis ad hoc" como un criterio valorativo para la determinación de la infracción del deber de cuidado en los casos de homicidio y lesiones, a título de culpa cometidos en la actividad médica, sobre el particular tenemos la Casación N°334-2019-Ica y recientemente la Casación N°1312-2018-Huancavelica, en esta última justamente se citó la mencionada jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

En esta misma línea, debemos anotar que nuestra Corte Suprema en el fundamento jurídico decimosegundo de la Casación N°334-2019-Ica ha desarrollado cuáles son las principales características que tiene la "lex artis ad hoc", precisando que todas estas deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de analizar el juicio de tipicidad objetiva en el delito de homicidio culposo en el contexto de la actividad médica; no obstante, desde nuestra perspectiva, tales criterios también son extensibles a los casos de delito de lesiones culposas, toda vez que, ambos ilícitos penales se tratan de injustos culposos cometidos en el sector de la actividad médica.

Las características de la "lex artis ad hoc" desarrolladas por la Corte Suprema en la mencionada Casación fueron las siguientes:

- La lex artis si bien es general y flexible, debido a la incertidumbre del avance de la ciencia, en los casos en los que exista un mayor nivel de cer-

teza, la lex artis ad hoc puede objetivarse en protocolos de actuación o indicaciones generales formuladas por organismos reconocidos.

- El ámbito de aplicación de la lex artis ad hoc es amplio, comprende: el diagnóstico, la información, la prescripción, el pronóstico, la determinación del método, el tratamiento, la vigilancia o seguimiento y la rehabilitación.

- Se ha diferenciado entre indicación y lex artis, para diferenciar entre el juicio valorativo del médico de los beneficios y riesgos objetivamente previsibles para la salud del paciente, que puede entrañar la aplicación de una u otra medida terapéutica, y la aplicación correcta del tratamiento indicado; sin embargo, a efectos penales, esta diferencia es irrelevante en términos de determinación de imputación objetiva, pues el riesgo a la vida o salud del sujeto pasivo, puede ser creado o intensificado tanto en el análisis riesgo-beneficio, como en la aplicación del tratamiento e incluso de la rehabilitación.

- La valoración que realice el juzgador de la lex artis ad hoc a nivel del juicio de tipicidad, debe sustentarse en los ámbitos cognitivos y prácticos de la actividad médica y no en consideraciones éticas o actitudinales.

- La lex artis debe ser evaluada en función de las condiciones cambiantes, tanto del estado de la ciencia o el saber, cómo de la dinámica de los riesgos en la sociedad posmoderna, ello incide en la determinación del deber de cuidado en un caso en concreto.

- Las reglas, procedimientos o tratamientos implican normalmente una actividad positiva -en sentido natural-, siempre supone una intervención en la búsqueda de la disminución del riesgo. La vulneración del deber de cuidado puede comprender momentos omisivos -no prescribir, no auscultar o no disponer una intervención o traslado-.

La actividad médica está destinada fundamentalmente a disminuir riesgos de los pacientes; en general, la lex artis incide en la disminución de los riesgos, que ya existen por el propio estado de salud del paciente, pero el riesgo -prohibido-también puede ser creado por la actividad descuidada del médico, como en una intervención quirúrgica con fines estéticos.

Al valorar el acto médico, el juicio normativo del juez se enfoca en el método o procedimiento médico, no en el resultado, por exigencias del juicio de tipicidad en el ámbito de la imputación objetiva, lo relevante es que el resultado sea imputable objetivamente al autor, para la realización de esta valoración lo que interesa es si el médico siguió, razonablemente y

de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, los procedimientos o métodos aconsejados por la lex artis ad hoc.

Finalmente, en la jurisprudencia nacional podemos citar algunos ejemplos de infracción a la "lex artis", así tenemos lo resuelto en la Casación N°327-2017-San Martín, en la que se han establecido de modo claro y conciso las diversas inobservancias a las reglas de la profesión médica en que incurrió el galeno durante la fase de tratamiento de un paciente. Dichas infracciones fueron las siguientes:

- No haber realizado un descarte de "pancreatitis aguda" en la paciente (conducta omisiva).

- Haber realizado una prueba de radiografía sin tener dicha especialidad (conducta comisiva).

- Haber realizado una intervención quirúrgica sin contar con el mínimo número de intervinientes que cuenten con los conocimientos técnicos, específicos y concretos (conducta comisiva)[6].

De igual manera, podemos citar lo establecido en el fundamento decimosexto de la Casación N°1318-2018-Huancavelica, en la cual se precisó la infracción de la "lex artis" del galeno en los siguientes términos: "*En la atención de la salud uno de los deberes de cuidado que los médicos deben observar es que el establecimiento de salud al cual pertenecen reúna las condiciones necesarias o adecuadas para practicar el acto médico sin complicaciones. Al respecto, la Norma Técnica de Salud N°021-minsa/DGSP.V.02 define las categorías de los establecimientos de salud y las características técnicas correspondientes y reglamenta la organización de la oferta de los servicios de salud (…)*".

Y finalmente, en la jurisprudencia extranjera resulta ilustrativa lo resuelto por la SAP León de 9 de enero de 2002 (ROJ30/2002), en la que se indicó lo siguiente: "*(…) así como que la Lex Artis se infringe cuando las pretendidas conductas imprudentes o descuidadas afectan a la asistencia debida, a distracciones, a falta de vigilancia del enfermo, a incorrecta ejecución de intervenciones, administración inadecuada o indebida de fármacos, omisiones de tratamiento, olvido de material de empleo quirúrgico dentro del cuerpo del paciente, errores en la vigilancia postoperatoria -por citar algunos casos- (…) incluso en las operaciones efectuadas "a vida o muerte", puede ser disculpable la no adopción de muchas cautelas que son obligadas en las intervenciones que no son de tal urgencia para la supervivencia del paciente*".

6 Como puede observar el lector, las imputaciones en casos de imprudencia médica se caracterizan porque en la mayoría de los casos concurren la realización de comportamientos comisivos y omisivos por parte de los profesionales de la salud intervinientes en el acto médico.

2.1.1. Excurso: ¿Los delitos de homicidio y lesiones, a título de culpa, cometidos en la actividad médica, son delitos de infracción del deber?

Desde nuestra perspectiva, resulta equivocado considerar que los delitos de homicidio y lesiones, a título de culpa en el sector de la actividad médica se tratan de delitos de infracción del deber, pues sostener ello implicaría que si no existe previamente una regla de cuidado establecida en una norma extra penal -entiéndase Protocolos, Reglamentos, Guías u otro documento médico-, entonces no sería posible atribuir objetivamente una infracción del deber de cuidado a los profesionales de la salud y en tales circunstancias el hecho devendría en atípico, dicha interpretación a los mencionados delitos es errada por las siguientes razones.

En principio, porque se equipara la culpa con la infracción del deber, cuando ambas categorías jurídicas son totalmente distintas, pues la primera es una forma de imputación subjetiva del tipo penal; mientras que, la segunda es una estructura de imputación material que sirve para establecer quién es el sujeto activo del tipo penal, y a su vez, para fundamentar el título de imputación de autoría y participación en un delito común o especial, pero el argumento más relevante es que en un delito culposo y en uno de infracción del deber las metodologías aplicadas son distintas.

Tal es así que, en los delitos culposos, si bien es cierto la frontera del riesgo permitido puede establecerse a partir de la infracción de normas extrapenales de cuidado; esto quiere decir que, se encuentre reglamentada en un manual de procedimientos del hospital, o institución donde se llevó a cabo, o en lineamientos, guías, recomendaciones o consensos de expertos en el área médica[7], debemos tener presente que *"la lex artis carece de una obligatoriedad jurídica determinada"*[8]; esto quiere decir que, no siempre se encontrará escrita o positivada la suma de reglas técnicas, máximas de experiencia y conocimientos emitidos aceptados y aprobados por la comunidad médica[9] que constituyen la lex artis, y además como expresa FEIJOO

7 Reyna Carrillo, Fabela. "El perito y la prueba pericial en asuntos de responsabilidad médica". En: López Mesa, Marcelo (Dir). "Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria", Legis, Buenos Aires, 2007, p.548.

8 Terragini, Marco. "El delito culposo en la praxis médica". Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p.38

9 "*Un intento de otorgar un mayor valor a estas reglas de cuidado, desde el punto de vista médico-sanitario, pero con potencial repercusión en el Derecho penal, es el que tiene lugar a través del llamado proceso de protocolización, que trata de concretar por escrito las reglas de la técnica vigentes según el estado de la ciencia médica, suponiendo así una suerte de "positivización de la lex artis". La propia jurisprudencia, consciente de la importancia que los protocolos han ido adquiriendo en el seno de la actividad médico-sanitaria, y ante las dificultades jurídicas con las que se encuentra cualquier proceso judicial en el que se trate de determinar la norma o pauta de cuidado para enjuiciar una intervención médica, ha destacado la necesidad de tener en cuenta los protocolos médicos como un medio complementario en la identificación del deber de cuidado (SAP Salamanca 23-2-2001 (JUR*

SÁNCHEZ[10] "*las normas extra penales de cuidado suponen sólo un indicio para determinar el deber de cuidado con la vida o salud de los demás*"; en cambio, en la lógica operativa de los delitos de infracción del deber se requiere contar con normas extrapenales en donde se delimiten las funciones específicas del sujeto cualificado, a fin de discernir si es posible considerar a un investigado como sujeto activo del delito y también para poder justificar su título de intervención delictiva de autor o cómplice, ejemplo paradigmático de tipos penales donde se aplica la metodología de los delitos de infracción del deber son los tipos penales de corrupción de funcionarios (colusión, peculado, aprovechamiento indebido del cargo, etc)

Por todas estas razones, consideramos que aplicar la metodología de los delitos de infracción al deber a los delitos de homicidio y lesiones, a título de culpa, previstos en los artículos 111 y 124 del Código Penal, supondría una incorrecta interpretación de ambas normas de carácter sustantivo.

2.2. La realización del riesgo típico en casos de imprudencia médica:

La configuración típica del delito de homicidio o lesiones, a título de culpa en el ejercicio en el sector de la medicina, o en cualquier otro sector como por ejemplo, el tráfico rodado, no se satisface únicamente con verificar que el profesional sanitario con su comportamiento -comisivo u omisivo- haya superado el riesgo permitido; puesto que, no estamos frente a un delito de peligro, en donde la imputación objetiva se satisface con la sola verificación de la imputación objetiva del comportamiento (delitos de peligro abstracto), o en los que exige verificar adicionalmente la producción de un resultado de peligro sobre el bien jurídico (delitos de peligro concreto).

Por el contrario, aquí nos encontramos ante un delito culposo de lesión o denominado también de resultado, cuya particularidad como hemos mencionado al inicio de este trabajo, es que no admite una sanción en grado de tentativa; de modo que, para afirmar su configuración típica, el resultado muerte o lesiones debe haberse producido de forma inmediata o tardía, como consecuencia de la infracción de los deberes de cuidado del profesional de la salud; caso contrario, el juicio de imputación objetiva estará incompleto por falta de verificación de la imputación del resultado ocasionando la atipicidad de los hechos materia de investigación o acusación. Por ejemplo, en el caso en que un médico realice una operación sin haber

2001/138410); SAP Toledo 25-5-2000 (ARP 2000/1080)". Cit. Rodríguez Vásquez, Virgilio; TORRES CADAVID, Natalia. "Imprudencias médicas. Estado de la cuestión en la jurisprudencia española". En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N°34, Lima, 2021, pp.179-181.

10 Feijoo Sánchez, Bernardo. "Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales", EDIJUS, Zaragoza, 2011, p.212.

desinfectado adecuadamente el bisturí; sin embargo, la causa de muerte del paciente se debió a un paro cardíaco.

Sobre el particular, tenemos que conforme a la doctrina y jurisprudencia para poder imputar el resultado típico muerte o lesiones al profesional de la salud se puede aplicar la "teoría del incremento del riesgo", o la "teoría de la evitabilidad".

A. La teoría del incremento del riesgo:

Sobre esta teoría, GIMBERNAT ORDEIG[11] citando a Roxin, explica que se aplica de la siguiente manera:

> *"Por consiguiente, la pregunta decisiva tiene este tenor: ¿Cómo puede reconocerse si una lesión del cuidado que ha llevado a la causación de la muerte fundamenta un homicidio imprudente? Como método para responderla propongo el siguiente procedimiento: Examínese, de acuerdo con los principios del riesgo permitido, qué comportamiento no se le hubiera podido imputar al autor como lesión del deber, hoy compárese con la forma de actuación del acusado. Y ahora compruébese si en el supuesto de hecho concreto, sometido a enjuiciamiento, mediante el comportamiento incorrecto del autor se ha incrementado la posibilidad de la producción del resultado frente al riesgo permitido. Si es el caso, entonces existe una lesión del deber que cumple el tipo, y procede una condena por imprudencia. Si falta un aumento el riesgo, entonces no se le puede cargar al agente con el resultado, y debe, por ello, absuelto, ya que "una acción que no aumenta, riesgo permitido, que no incrementa el peligro de producción del resultado, tiene que ser enjuiciada cuando causa un resultado, y según criterios de justicia, igual que un comportamiento no prohibido".*

Sobre la aplicación de la mencionada teoría en el terreno de la criminalidad imprudente médico-sanitaria, en doctrina española se muestran a favor GÓMEZ RIVERO[12], quien sostiene que *"(…) entiendo que las razones que avalan la corrección de la segunda solución, cuyo precursor puede considerarse ROXIN, resultan evidentes en el ámbito médico que aquí interesa. Porque el amplio cúmulo de circunstancias que condiciona el resultado de la actividad terapéutica, en especial las relativas a la propia constitución orgánica del paciente, hacen prácticamente inviable afirmar en la mayoría de los casos que si se hubiera actuado de forma correcta habría desaparecido el resultado lesivo. Ello abocaría a un ámbito de impunidad que incluso el sentido común rechaza (…)"*.

Un ejemplo de la aplicación de la "teoría del incremento del riesgo" en

11 Gimbernat Ordeig, Enrique. "Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo". En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 68, Fascículo/Mes, 1, Madrid, 2015, p. 29.
12 Gómez Rivero, María del Carmen, Ob., Cit., p.363.

un caso de imprudencia médica, podemos verlo en el Recurso de Nulidad N°844-2009-Junín emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en cuyo fundamento octavo y noveno se estableció lo siguiente:

> *"Que de lo expuesto se aprecian tres condiciones concretas: i) la presencia de una relación de causalidad entre los comportamientos analizados y el resultado muerte de la víctima; ii) se constata que la acción o conducta de las acusadas Salazar Bueno y Amanzo López creó e incremento un riesgo típico para el bien jurídico protegido, en tanto en cuanto generaron un peligro en la vida de la agraviada Danara Eslienca Chero Baldean; (a) que en el caso de la acusada Solazar Bueno existió una relación causal directa entre su conducta típica y el resultado antijurídico, pues negligentemente colocó la solución de "Manitol" a la víctima -sin saber si era la que correspondía a la receta médica porque no revisó éste documento-, a pesar de que el medicamento correcto era "Polielectrolítica"; que esta imputada, en su condición de enfermera del Hospital encargada de la atención de la paciente, tenía que ser cuidadosa porque asumió una posición de garante que la vinculó de forma especial con la agraviada desde que se ocupó de la vigilancia de ésta, y dentro de su competencia estaba la administración de medicamentos al paciente conforme lo prescrito por el médico; además en la medida de saber que estaba atendiendo a una niña de dos años de edad con problemas de deshidratación, vómitos y diarrea -tal como lo relató en su declaración instructiva de fojas cuatrocientos noventa y siete-, habida cuenta de su formación técnica y profesional, debía extremar el cuidado necesario de los riesgos que podría correr la paciente por el estado en que se encontraba; que es de precisar que el desempeño de ciertos roles sociales implican la asunción de un deber de garante del que se derivan los deberes de cuidado, que no le competen al resto de ciudadanos que no han asumido esta responsabilidad; (b) que en el caso de la acusada Amanzo López también se presentó una relación causal directa entre su conducta típica y el resultado antijurídico, pues creó un riesgo en la vida de la agraviada Danara Eslienca Chero Baldean cuando entregó la solución de "Manitol" para la víctima en dos ocasiones a pesar de que se solicitó "Polielectrolítica" -medicamentos totalmente opuestos en cuanto a sus componentes y utilidades para el tratamiento de las enfermedades (véase fundamento jurídico quinto)-; que es de enfatizar que en su condición de química farmacéutica tenía la obligación de revisar la receta y entregar el medicamento correcto; que en ese sentido dicha conducta revela una negligencia inadmisible e inexcusable que instauró una situación de peligro en contra de la vida de la menor agraviada e hizo que falleciera a consecuencia la administración de ese medicamento que entregó; que en tal sentido la citada acusada no se comportó en la situación concreta de manera correcta y si bien no administró directamente el medicamento a la víctima, empero creó un riesgo típico*

de muerte y favoreció a que la acusada, enfermera Salazar Bueno, ocasione imprudentemente la muerte a la menor agraviada; iii) que en ese contexto, el resultado es imputable a dichas acusadas porque la primera de ellas no prestó la atención y cuidado mínimamente requerido para evitar el progreso de la enfermedad y por el contrario extendió los síntomas de la dolencia que precipitó y ocasionó la muerte de la víctima, verificándose la violación de un elemental deber de cuidado que basta para fundar la responsabilidad penal por el resultado producido y condenarla por homicidio culposo; que en el caso de la segunda su acción revela una conducta indolentemente grave que ocasionó un resultado delictivo a título de culpa donde se evidencia la presencia de una relación de causa - efecto con la acción reprochada (…) Que es de puntualizar que en el caso concreto se presentó la creación de un riesgo -de la acusada Amanzo López- y el incremento del mismo -de la acusada Salazar Bueno- porque la muerte se produjo como consecuencia del error que cometió la químico farmacéutica en la atención y despacho de las medicinas para curar a la agraviada y de la enfermera por administrarlas sin revisar o cotejar con las prescripción médica de la receta, y como consecuencia de ello falleció la víctima".

B. **La teoría de la evitabilidad:**

En cuanto a esta teoría, explica GIMBERNAT ORDEIG[13] que consiste en que "*el resultado no se le puede atribuir al causante imprudente del resultado cuando éste se hubiera producido también si el autor hubiera ejecutado la acción correcta*".

Tal criterio se puede entender de manera más gráfica a partir del conocido caso del anestesista. Un anestesista utiliza en una operación cocaína en lugar de otro producto, que era el correcto, y el paciente muere; pero luego se demuestra (con la autopsia) que hubiera fallecido igual, aunque se le hubiera administrado el que correspondía dado su grave estado[14].

A nivel de la doctrina argentina, RUSCONI[15] considera que la teoría de la evitabilidad debe ser asumida en el campo de la criminalidad médico- sanitaria, ello a partir del siguiente argumento "*(…) el 1% de posibilidad de que la acción conforme a Derecho no hubiera cambiado la lesión del bien jurídico, implica una duda acerca de uno de los elementos fundamentales de la ilicitud y con ello se habilita la vigencia jurídica del principio favor rei*".

13 Gimbernat Ordeig, Enrique. Ob., Cit., p. 29.
14 Romero Casabona, Carlos. "La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional". En: Revista de Derecho penal. Delitos Culposos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002-2, p.38-39.
15 Rusconi, Maximiliano. "La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente". Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año 2, N°03, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p.116.

Un ejemplo de su aplicación en la jurisprudencia podemos verlo en la Sentencia de Apelación contenida en la Resolución N° NOVENTITRÉS, de fecha 14 de setiembre de 2020, emitido en el Expediente N°4575-2012-68, por la Tercera Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de La Libertad "*22. (…) no se practicó una necropsia para determinar objetivamente el diagnóstico de muerte, así como tampoco se realizó una pericia oficial por el Instituto de Medicina Legal como lo establece el artículo 173.2 del Código Procesal Penal, lo cual era relevante para determinar si se pudo haber evitado la muerte si hubiera recibido socorros médicos oportunos y eficaces a través de los estudios de los estudios necrópsicos médico forenses (…)*".

Finalmente, debemos señalar que hasta el momento no existe un consenso en la doctrina o la jurisprudencia especializada en materia[16], en cuanto a que criterio de imputación del resultado debe ser aplicado en el ámbito de la criminalidad médico-sanitaria; no obstante ello, los operadores jurídicos (abogados defensores, jueces y fiscales) deben optar por una de las teorías mencionadas, pues la misma no sólo tiene implicancias para establecer el juicio de tipicidad objetiva de los delitos de homicidio o lesiones a título de culpa, sino también en cuanto a su acreditación en el proceso penal.

3. Conclusiones

- En primer lugar, los delitos de homicidio y lesiones, a título de culpa, previstos en los artículos 111° y 124° del Código Penal son los injustos paradigmáticos en la Parte Especial del Código Penal vigente en los que se discute la responsabilidad penal de los profesionales de la salud.

- En segundo lugar, los presupuestos objetivos para la atribución de responsabilidad penal a los profesionales de la salud por la comisión de los delitos de homicidio y lesiones, a título de culpa son dos. El primero es la determinación de la infracción del deber de cuidado, y el segundo es la verificación de la realización del riesgo típico en el resultado típico muerte o lesiones, ambos son concurrentes y no se admite una imputación en grado de tentativa al tratarse de un delito culposo de resultado.

- En tercer lugar, para la determinación de la infracción del deber de cuidado en casos de imprudencia médica, se requiere verificar que la conducta desplegada por el profesional sanitario superó los límites del riesgo permitido, y para ello se debe acudir al criterio valorativo denominado "lex artis ad hoc", el cual requiere que se tengan en cuenta circunstancias de lugar, tiempo, instalaciones sanitarias, la urgencia de la inter-

16 Cfr. con mayores referencias en el ámbito del derecho penal argentino en: Cesano, José Daniel, "*La Responsabilidad Penal Médica. Mala praxis. Aspectos sustantivos y procesales*", BdF, Buenos Aires, 2018, pp. 87-91.

vención, y cualquier otro dato relevante que influya directamente en la corrección del acto médico; cabe precisar que, el mencionado criterio es reconocido por la Corte Suprema en la Casaciones N°334-2019-Ica y N°1312-2018-Huancavelica.

- En cuarto lugar, para verificar la realización del riesgo en casos de imprudencia médica, aún no existe una situación pacífica en la doctrina y jurisprudencia especializada en la materia, en cuanto a si debe aplicar "la teoría del incremento del riesgo" o "la teoría de la evitabilidad"; sin perjuicio de ello, los operadores jurídicos (abogados defensores, jueces y fiscales) deben optar por una de las teorías mencionadas, pues la misma no sólo tiene implicancias para establecer el juicio de tipicidad objetiva de los delitos de homicidio o lesiones a título de culpa, sino también en cuanto a su acreditación en el proceso penal.

4. Bibliografía

Cesano, J. D. (2018). *La Responsabilidad Penal Médica. Mala praxis. Aspectos sustantivos y procesales.* Buenos Aires: BdF.

Feijoo Sánchez, B. (2011). *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales.* Zaragoza: EDIJUS.

Fernández Sessarego, C., & Woolcott Oyague, O. (2018). *Derecho Médico. De las nociones fundamentales y la responsabilidad médica.* Tomo I. Lima: Instituto Pacífico.

Gimbernat Ordeig, E. (2015). Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 68, Fascículo/Mes, 1, 21-61.

Gómez Rivero, M. d. (2008). *La Responsabilidad Penal del Médico*, 2da edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Hava García, E. (2017). Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena. Comentario crítico de la SAP Madrid Penal Sec. 7°, 21.09.2016". *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 1-37.

Reyna Carrillo, F. (2007). El perito y la prueba pericial en asuntos de responsabilidad médica. En. (.López Mesa, *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria* (págs. 537-608). Buenos Aires: Legis.

Rodríguez Vásquez, V., & Torres Cadavid, N. (2021). Imprudencias médicas. Estado de la cuestión en la jurisprudencia española. *Revista Peruana de Ciencias Penales* N°34, 179-181.

Romero Casabona, C. (2002). *La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.

Rusconi, M. (1996). *La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Terragini, M. (2003). *El delito culposo en la praxis médica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Tratamiento jurídico penal, constitucional y convencional de la inmunidad presidencial a efectos de alcanzar el equilibrio apropiado entre dicha inmunidad y la proscripción de la corrupción en el poder en aras de la vigencia de nuestro Estado Convencional y Constitucional de Derecho*

Roger Armas Sánchez**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La problemática de la inmunidad presidencial y la implosión de la corrupción en el poder / 2.1 La inmunidad presidencial / 2.2 Antecedentes procesales e implosión de la corrupción en el poder. / 3. El rol del Ministerio Público en la lucha contra la corrupción en el poder / 4. Tratamiento desde el ámbito del Derecho Penal, Constitucional y Convencional / 4.1 Desde el ámbito penal / 4.2 Desde el ámbito constitucional / 4.3 Desde el ámbito convencional / 5. La búsqueda del equilibrio apropiado entre la inmunidad presidencial y la proscripción de la corrupción en el poder / 6. Conclusiones.

1. Introducción

Es de conocimiento público que actualmente la Fiscalía de la Nación viene llevando a cabo la tarea constitucional de investigar al presidente de la República en ejercicio del cargo, por la presunta comisión de un conjunto de delitos graves de corrupción y de Organización Criminal, enquistada en los aparatos de poder del Ejecutivo.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Especialista en Autoría y Participación –Teoría del Delito, por la Universidad de León, España. Miembro Principal del Taller de Derecho Penal Económico de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente ejerce cargo de confianza en el Despacho de la Fiscalía de la Nación, Perú.

Esta realidad ha llevado a discutirse hasta que límite podría investigarse al presidente de la República en ejercicio del cargo, proclamando a la inmunidad presidencial como el principal aliado para hacer frente al trabajo fiscal.

Sobre la referida inmunidad –de naturaleza procesal, temporal y relativa-, se ha generado ciertas cuestiones, siendo principalmente dos: Hasta que estadio procesal puede ser investigado el presidente dentro de los cuatro supuestos contemplados en el artículo 117° de la Carta Magna –un injusto penal y tres infracciones constitucionales-; y, si es posible ampliar este marco normativo a fin de incluir otros injustos penales o infracciones constitucionales.

Estas cuestiones problemáticas resultan de urgente atención y análisis, en aras de la consecución del equilibrio apropiado entre la inmunidad presidencial y la investigación y sanción por graves delitos de corrupción. En este sentido, en el presente trabajo se postula dos mecanismos de solución de la misma: A través del principio de proporcionalidad; y, mediante el mecanismo de control de convencionalidad.

De esta manera, expondremos de manera breve la legitimidad y validez normativa de dichos mecanismos de validez de constitucional, sosteniendo que el control de convencionalidad corresponde como deber a "toda autoridad pública" -ya no únicamente los jueces o fiscales-, incluso de oficio, quienes tienen la facultad de realizar dicho control a fin de alcanzar el equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidad -presidencial en el presente caso-, y la proscripción de la corrupción en el poder. En este sentido, lo contemplado en el artículo 117° de la Constitución Política del Estado deberá ser interpretado, y, de ser el caso, examinado, bajo los parámetros de convencionalidad con lo estipulado en el segundo apartado del artículo 30° de la Convención de las Naciones Unidad contra la Corrupción.

2. La problemática de la inmunidad presidencial y la implosión de la corrupción en el poder

Como es sabido, es información pública que desde el 27 de mayo de 2022, fecha en la que se emitió la Disposición N.° 06, por el Fiscal de la Nación de ese entonces, se amplió la investigación preliminar seguida contra Juan Francisco Silva Villegas, en su actuación como ministro de Transportes y Comunicaciones, a efectos de comprender en dicha investigación preliminar a José Pedro Castillo Terrones, en su actuación como presidente de la República del Perú, por la presunta comisión de los injustos penales de Organización Criminal, Tráfico de Influencias Agravado y Colusión.

Contra dicha decisión contenida en el referido acto procesal, la defensa del citado presidente de la República, recurrió a los mecanismos legales y constitucionales alegando que el Ministerio Público, *inter alia*, estaría incurriendo en la vulneración de ciertos derechos fundamentales de su patrocinado, que la citada disposición fiscal debe declararse nula, a fin de que se emita nueva disposición donde se establezca, conforme a lo estipulado en el artículo 117° de la Constitución Política; y, que la investigación que se pretende realizar contra el presidente José Pedro Castillo Terrenos se suspenda hasta que concluya su mandato presidencial.

Al respecto, como se denota, la defensa del investigado José Pedro Castillo Terrones, señala que la inmunidad presidencial es absoluta, que no se puede investigar a un presidente de la República en funciones, por lo que la investigación deviene en inconstitucional, puesto que únicamente se puede acusar al presidente en el ejercicio de sus funciones por los cuatro supuestos contemplados en el artículo 117° de la vigente Carta Magna: un injusto penal -Traición a la Patria-; y, tres infracciones constitucionales -por impedir la elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134° de la Constitución; y, por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral-.

Lo contrario significaría la vulneración del derecho constitucional y convencional a no ser investigado por un órgano fiscal incompetente; la desviación del procedimiento preestablecido por la legalidad constitucional del artículo 117° de la Carta Política; incurrir en un trato discriminatorio comparado con situaciones idénticas o más gravosas de otros expresidentes de la República; y, la afectación de la garantía constitucional de la seguridad jurídica.

Sobre esta problemática, como correlato, podremos observar la implosión de la corrupción del poder, específicamente en el Poder Ejecutivo, bajo el alegato y amparo de la supuesta vulneración de la "inmunidad presidencial".

2.1. La inmunidad presidencial

La inmunidad presidencial se encuentra regulado en el artículo 117° de la Constitución Política del Estado, la que se constituye como una prerrogativa funcional que corresponde al más alto dignatario de la República, cuya naturaleza es procesal, temporal y relativa. Esto último por cuanto se admite la acusación -entiéndase como la acusación constitucional de contenido penal efectuado por el Pleno del Congreso de la República conforme a lo previsto en el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República-,

por cuatro supuestos -un injusto penal y tres infracciones constitucionales-. El fin de esta prerrogativa no es otra que preservar la estabilidad del cargo presidencial.

A contrario, en principio, se sostendría que el presidente de la República no podría ser acusado constitucionalmente por la comisión de algún otro delito o infracción constitucional diferente a las recogidas en el citado artículo 117° de la Carta Magna. Empero, esta aseveración no solamente generaría impunidad e implosión de la corrupción en el poder -al esperar la conclusión del mandato presidencial para el inicio de los actos iniciales de investigación en su contra por delitos tan graves y complejos; sino también el desconocimiento y la omisión del deber estatal para la búsqueda del equilibrio apropiado entre esta inmunidad y la proscripción de la corrupción en el poder.

2.2. Antecedentes procesales e implosión de la corrupción en el poder

Actualmente, se viene investigando preliminarmente a José Pedro Castillo Terrones, en su condición de presidente de la República, por una serie de delitos de corrupción -Colusión, Tráfico de Influencias, Encubrimiento Personal, Patrocinio Ilegal, entre otros-, así como por el grave y complejo delito de Organización Criminal, la misma que se habría enquistado en los más altos poderes del Ejecutivo y en varias Carteras de la misma.

Esta situación no solamente reviste de preocupación para el Ministerio Público -como garante de la legalidad y titular de la acción penal pública-, sino también para la academia, la que debe coadyuvar a fin de alcanzar ciertas propuestas de índole dogmática y operativa para hacer frente a este flagelo de la corrupción en el poder, concretamente en el Ejecutivo.

Dentro de este marco de consideraciones, no puede soslayarse el trabajo que viene haciendo la actual Fiscal de la Nación, puesto que, conforme a lo propagado por las noticias periodísticas, ha conducido la actuación del Ministerio Público por la línea correcta de la persecución penal del delito, "caiga quien caiga", y dentro de los cánones y límites de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad; v.gr., el primer gran paso en esta lucha fue disponer el inicio de los actos de investigación contra el actual presidente de la República, José Pedro Castillo Terrones, por los delitos anteriormente precisados, aun cuando inicialmente se había aperturado investigación preliminar contra el citado alto dignatario suspendiéndose la realización de los iniciales actos de investigación hasta la conclusión de su mandato presidencial, lo cual, deviene en un contrasentido total –"aperturar investigación preliminar para suspender la realización de los actos urgentes e inaplazables para esclarecer los hechos denunciados"-.

Como se observa, la actual Fiscal de la Nación ha dado un paso notorio como inicio de esta ardua y legítima tarea en la defensa de la sociedad; máxime, si actualmente también ha dispuesto el inicio de las investigaciones contra funcionarios públicos, servidores públicos y ministros de las diferentes carteras, con el único fin de coadyuvar a la proscripción de la corrupción en el poder.

3. El rol del Ministerio Público en la lucha contra la corrupción en el poder

El Ministerio Público, conforme a lo estipulado en el artículo 159° de la Constitución Política del Estado y el artículo 11° del Decreto Legislativo N.° 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público, se constituye como el organismo autónomo y titular exclusivo de la acción penal pública, la misma que es ejercida de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular.

Sobre el rol del Ministerio Público en la investigación contra los altos funcionarios taxativamente establecidos en el artículo 99° de la Carta Magna[1], por la comisión de los delitos funcionariales en el ejercicio del cargo, en el artículo 1° de la Ley N° 27399, se ha establecido que la Fiscal de la Nación puede realizar, de oficio o a instancia de parte, investigaciones preliminares al procedimiento de acusación constitucional contra los mencionados altos funcionarios públicos del estado –aforados-.

Asimismo, de conformidad a lo previsto en el artículo 449° y siguientes del Código Procesal Penal, la Fiscal de la Nación puede realizar, de oficio o a instancia de parte, y en virtud del principio de legalidad, actos preliminares de investigación orientados a sustentar, de ser el caso, una denuncia constitucional[2] o a descartar el contenido delictivo de los hechos puestos en su conocimiento. De esta manera, culminada la investigación preliminar, corresponde a la Fiscal de la Nación, competente, como se ha referido, examinar los elementos de convicción y los medios probatorios recabados a fin de decidir si archiva definitivamente los actuados o formula denuncia constitucional para dar inicio al Antejuicio Político en sede parlamentaria.

---

1 Conforme a lo previsto en el artículo 99° de la Constitución Política, se comprende como altos funcionarios al presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Junta Nacional de Justicia; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General.

2 Al respecto, el artículo 450°, numeral 1, del Código Procesal Penal de 2004, que regula el *"Proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos", establece que: "La incoación de un proceso penal, en los supuestos del artículo anterior, requiere la previa interposición de una denuncia constitucional, en las condiciones establecidas por el Reglamento del Congreso y la Ley, por el Fiscal de la Nación, el agraviado por el delito o por los Congresistas; y, en especial, como consecuencia del procedimiento parlamentario, la resolución acusatoria de contenido penal aprobada por el Congreso.*

Hasta aquí no parece problemático el procedimiento de diligencias preliminares y la posterior Acusación Constitucional con contenido penal; sin embargo, la cuestión que resulta problemática recae sobre cuál debería ser la respuesta del sistema penal, constitucional y convencional, ante aquellos supuestos que, *prima facie*, no se constituyen en ninguno de los cuatro supuestos previstos en el artículo 117° de la Carta Magna, para la procedencia de la Acusación Constitucional.

Sobre esta trascendental problemática, en el presente trabajo se pretenderá esbozar un conjunto de aproximaciones, a fin de proponer ciertos mecanismos -dentro del margen legal, constitucional y convencional-, que coadyuven en la lucha frontal contra la corrupción en el poder.

4. Tratamiento desde el ámbito del Derecho Penal, Constitucional y Convencional

4.1 Desde el ámbito penal

El sistema penal en un modelo de Estado Democrático Convencional y Constitucional de Derecho, como es el nuestro, encuentra sus parámetros, fundamentos y límites en el marco de las garantías, los derechos y los principios contenidos en la normativa legal interna, la Constitución y las disposiciones normativas de carácter supranacional prevista en los Tratados y Convenciones suscritas y ratificadas por el Perú.

De manera tal que, toda pretensión y actuación del Ministerio Público –como también de los demás órganos e instituciones del Estado-, debe enmarcarse dentro de los límites del sistema normativo Convencional, Constitucional y legal, en ese orden de prelación o precedencia.

En esta línea de análisis, y aun cuando la inmunidad presidencial sea principalmente una institución del derecho constitucional, ello no obsta para que desde el ámbito penal se pueda examinar dicha categoría, toda vez que en la misma se ha recogido un injusto penal -Traición a la Patria-, y porque, la misma está íntimamente ligada a los principios e instituciones del Derecho penal sustantivo y adjetivo.

En este sentido, es determinante tener por entendido el contenido del principio -no regla-, de legalidad[3], la misma que, determina el ámbito de actua-

3 El principio de legalidad, junto a los principios de "exclusiva protección de bienes jurídicos", "última ratio o mínima intervención del Derecho penal", "culpabilidad", "proporcionalidad de las penas", "resocialización" y "humanidad", se configura como uno de los límites al ius puniendi del Estado, por lo que de ahí su relevancia e imperiosa necesidad de vigencia en un Estado Convencional y Constitucional de Derecho como el peruano. El origen histórico de este principio es atribuido por muchos a la Magna Charta Libertatum del rey inglés Juan sin Tierra de 1912, en cuyo artículo 39° se aseguraba que las sanciones frente a las personas libres sólo debían ser admitidas "*per legale iudicium parium suorum vel per*

ción del operador jurídico con la correspondiente actividad hermenéutica -sin arribarse a una interpretación extensiva, la cual se encuentra proscrita en el ámbito penal-.

4.2. Desde el ámbito constitucional

El derecho constitucional -con sus principios, garantías y mecanismos-, se constituye en una herramienta crucial a la hora de resolver ciertos conflictos o choques de derechos fundamentales.

En el presente caso *sub exámine*, nos encontramos ante un choque de ciertos contenidos esenciales de derechos fundamentales. De un lado, el derecho fundamental del presidente de la República en ejercicio del cargo a la libertad y vigencia de la inmunidad presidencial; y, de otro lado, el derecho fundamental de la sociedad a que se investigue y sancione a los responsables por delitos graves de corrupción -mediante la actuación del Ministerio Público-.

Sobre dicho choque o conflicto de derechos fundamentales, la doctrina constitucionalista ha desarrollado claramente dos mecanismos de resolución: La posición preferente y el principio de proporcionalidad con sus tres *sub test*. La posición preferente determina que ciertos derechos fundamentales preceden o prevalecen sobre otras, v.gr., el derecho a la vida prevalecerá siempre sobre el derecho a la libertad de reunión.

Sin embargo, para la resolución de la problemática objeto de análisis en este trabajo, no resulta suficiente dicho mecanismo constitucional. Por ello, un mecanismo de solución constitucionalmente válido, sin perjuicio de los principios constitutivos de la interpretación constitucional como la unidad, concordancia práctica, corrección funcional y razonabilidad; reviste el principio de proporcionalidad, propuesto, como es sabido, por el profesor Robert Alexy.

Este principio permitirá determinar qué derecho fundamental prevalecerá sobre otra. Así, el primer sub principio de idoneidad [relación medio-fin], permitirá verificar si la medida a adoptar es idónea para los fines esperamos, la misma que debe tener previsión constitucional.

Una vez superado este primer test, podremos verificar si la medida se ajusta al test de necesidad, es decir, si no existe otra media menos gravosa, ni algún otro medio que permita al Ministerio Público alcanzar el fin propuesto [relación medio-medio].

legem terrae". Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal Parte General". Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Volumen I. Instituto Pacífico. Lima, 2014, p. 193.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto o test de ponderación, permitirá determinar en el caso concreto, cuál de los derechos fundamentales prevalecerá a través del balancín respectivo. Mediante este test se realizará una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". Como se aprecia, en la ley están presentes los dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción –o realización- del otro[4].

Ahora bien, como se podrá observar, el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo válido y legítimo constitucionalmente a efectos de verificar si en el presente caso *sub exámine* deberá prevalecer el derecho a la inmunidad presidencial –con sus derechos y prerrogativas relacionados-, y el derecho a la persecución penal y proscripción de la corrupción. A nuestro juicio, consideramos que debería prevalecer el segundo derecho; no obstante, esta propuesta aún cobrará mayor peso con los parámetros convencionales de control.

4.3 Desde el ámbito convencional

Se ha sostenido que nuestro modelo de Estado ya no es únicamente de Derecho, sino Convencional y Constitucional de Derecho; por lo que reviste imperativo una mirada hacia el derecho internacional, siendo el parámetro de control el marco convencional.

Al respecto, en el artículo 55° de la Constitución Política del Estado se ha establecido que "*los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*". Asimismo, en el artículo 3° de la Ley N.° 26647, se ha estipulado que "*Los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente*".

Ahora bien, para que un Tratado tenga rango constitucional y forme parte al bloque de constitucionalidad, debe tener la naturaleza de derechos humanos.

Sobre este presupuesto, nuestro Tribunal Constitucional, en el conocido caso Nina Quispe, ha establecido que los Tratados de derechos humanos

4 Véase Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N.° 0045-2004-AI, de fecha 29 de octubre de 2005.

tienen rango constitucional de tercer grado (junto a la Constitución y a las Leyes de reforma constitucional)[5].

En esta línea de análisis y hermenéutica, un Tratado formará parte del bloque de Constitucionalidad siempre y cuando tenga rango constitucional y naturaleza de Derechos humanos.[6] Sobre este particular, es evidente que el derecho a la proscripción de la corrupción, se configura como un derecho de naturaleza humano.

Siendo así, y revisando el marco supranacional, encontramos la Convención de las Naciones Unidas contra Corrupción, como un instrumento fundamental que nos permitirá hacer frente a estos atropellos y menoscabo de los derechos humanos de la sociedad en general, que está relacionado a la proscripción de la corrupción en el poder, teniendo como correlato, la afectación de ciertos derechos como a la igualdad, a la vigencia de las instituciones del Estado, entre otros.

En este sentido, sabido es que el Estado peruano ha ratificado debidamente la referida Convención con fecha 19 de octubre de 2004; por lo que son válidamente aplicable las disposiciones normativas contenidas en ella, las mismas que forman parte del bloque de constitucionalidad como se ha precisado anteriormente. Esta Convención, en el apartado segundo del artículo 30° ha prescrito que:

> *"Cada Estado Parte adoptaran las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención".*

Como se aprecia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contiene disposiciones normativas que protegen derechos humanos, como es la corrupción, la misma que lesiona el derecho humano y fundamental a la igualdad de las personas, el acceso a la justicia, la garantía del debido proceso, y, el desarrollo de un país. Un Tratado que busca luchar contra la corrupción para garantizar el desarrollo social de los Estados es un Tratado que tiene como objeto y fin la protección de los derechos humanos a través de la lucha contra la corrupción.

5 Véase Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N.° 0047-2004-AI, del 24 de abril de 2006.

6 Véase la Opinión Consultiva 2, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se ha precisado que: "*Los tratados de derechos humanos son aquellos orientados más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano*".

5. La búsqueda del equilibrio apropiado entre la inmunidad presidencial y la proscripción de la corrupción en el poder

La adherencia al sistema monista o de recepción automática de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se desprende de lo establecido en el artículo 55° de la Constitución Política del Estado, al contener la referida Convención ciertas disposiciones normativas para combatir la corrupción, configurándose de esta manera como un Tratado de derechos humanos no sinalagmático, por lo que, al formar parte dichas disposiciones normativas del bloque de constitucionalidad, ingresan en el derecho interno con rango constitucional de tercer orden. Por tanto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, al constituirse como un Tratado debidamente ratificado por el Perú y en vigor desde el año 2004, las disposiciones normativas contenidas en ella deben considerarse indubitablemente normas de derecho interno, ello, además, en atención al rango constitucional y de naturaleza de derechos humanos de la referida Convención.

Bajo estas consideraciones, de lo previsto en el segundo apartado del artículo 30° de la referida Convención, se advierte una contradicción o antinomia normativa con lo previsto en el artículo 117° de nuestra vigente Carta Magna. Por lo que, reviste de tarea dilucidar dicha problemática mediante los instrumentos legales, constitucionales, y principalmente, convencionales.

En atención a esta problemática crucial, los parámetros de control de convencionalidad se constituyen como la herramienta idónea y adecuada para hacer frente a este conflicto normativo, que más allá de la mera alusión a conflictos de disposiciones normativas, podrá determinar la suerte y destino de la estabilidad y tranquilidad que toda nación busca alcanzar a través del correcto funcionamiento de cada uno de sus entidades e instituciones, con la proscripción de la corrupción del poder que impera hoy en día en nuestro país.

Ante esta problemática, la vigencia del principio de la primacía del derecho internacional no resulta suficiente[7], por lo que se debe recurrir al mecanismo denominado control de convencionalidad[8].

7 Véase lo estipulado en el artículo 27° de la Convención de Viena de 1969, sobre el derecho de los Tratados, que expresamente señala: "*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*".

8 El *nomen iuris* de control de convencionalidad fue sostenido como tal por primera vez en el Voto Concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, en la sentencia recaída en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003; para tal efecto, véase el Voto Concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, quien refirió expresamente que: "*Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la*

Este mecanismo de control, en la actualidad, debe ser ejercido de oficio[9] y compete a toda autoridad pública[10], ya no solamente a los órganos vinculados con la Administración de Justicia –magistrados del Tribunal Constitucional, Poder Judicial y Ministerio Público-. Como se denota, esta es la actual forma como se manifiesta el control de convencionalidad –de oficio y por toda autoridad pública-.

Bajo este marco de consideraciones, en el presente caso *sub exámine*, tenemos ante una contravención entre una normativa interna contra una disposición prevista en la Convención ratificado por el Estado peruano, por lo que, en virtud del mecanismo de control de convencionalidad, deberá preferirse la segunda, ergo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; y siendo que los mandatos previstos en ella son absolutamente vinculantes tanto para el legislador, como para los operadores jurídicos del Estado -Jueces y Fiscales-, será tarea del Ministerio Público –Fiscalía de la Nación-, Congreso de la República y demás órganos estatales, efectuar el correctamente llamado control primario de convencionalidad, a efectos de alcanzar un lucha verdaderamente contra los delitos de corrupción y Organización Criminal que se investiga –preliminarmente-, al presidente de la República de nuestro país, así como a otros altos funcionarios y familiares del referido alto dignatario.

Por ello, el mandato contenido en el citado apartado del artículo 30° de la aludida Convención, debe ser aplicado en aras de mantener o lograr el "equilibrio apropiado" entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser el preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo por los delitos tipificados con arreglo a la Convención (proscripción de la impunidad). En esta ponderación de intereses "debe prevalecer la pretensión del ciudadano de que se protejan sus derechos fundamentales y humanos a través de la consecuente implementación de las obligaciones de persecución del Derecho penal internacional y nacional"[11].

---

jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional". (Párrafo 27).

9 Véase la sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006 (Párrafo 128).

10 Véase la sentencia del caso Gelmán Vs. Uruguay, del 24 de febrero de 2011 (Párrafo 239).

11 Ambos, Kai. "Estudio del Derecho Penal Internacional". Idemsa, 2007, p. 130.

La inmunidad presidencial consagrada en el artículo 117° de la Constitución Política del Estado, aun cuando sea de naturaleza procesal y temporal, no es absoluta; máxime si dicha inmunidad parte de un concepto "funcional", es decir, se refiere al cargo o función, no a la persona o funcionario[12]. Ergo, podría sostenerse que son legítimas y, por tanto, equilibradas, las inmunidades y demás prerrogativas necesarias para salvaguardar el correcto funcionamiento de las instituciones del Estado; sin significar ello, de ninguna forma, un blindaje o protección absoluta al más alto dignatario del Estado por actos delictivos de corrupción y Organización Criminal.

6. Conclusiones

El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo válido y legítimo constitucionalmente a efectos de verificar si debe prevalecer el derecho a la inmunidad presidencial –con sus derechos y prerrogativas relacionados-, o el derecho a la persecución penal y proscripción de la corrupción. Lo cual, a nuestro juicio, debe ser la segunda.

Se ha sostenido que nuestro modelo de Estado ya no es únicamente de Derecho, sino Convencional y Constitucional de Derecho; por lo que reviste imperativo una mirada hacia el derecho internacional, siendo el parámetro de control el marco convencional.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción busca luchar contra la corrupción para garantizar el desarrollo social de los Estados, teniendo como objeto y fin la protección de los derechos humanos a través de la lucha contra la corrupción; por lo se constituye como un Tratado de derechos humanos no sinalagmático y como parámetro válido de control primario de convencionalidad.

Los parámetros de control de convencionalidad se constituyen como la herramienta idónea y adecuada para hacer frente a un conflicto normativo, que más allá de la mera alusión a conflictos de disposiciones normativas, podrá determinar la suerte y destino de la estabilidad y tranquilidad que toda nación busca alcanzar. Este mecanismo de control, en la actualidad, debe ser ejercido de oficio y compete a toda autoridad pública.

La inmunidad presidencial consagrada en el artículo 117° de la Constitución Política del Estado, aun cuando sea de naturaleza procesal y temporal, no es absoluta; máxime si dicha inmunidad parte de un concepto "funcional", es decir, se refiere al cargo o función, no a la persona o funcionario.

12 Véase la Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2010, p. 92.

El mandato contenido en el citado apartado del artículo 30° de la aludida Convención, debe ser aplicado en aras de mantener o lograr el "equilibrio apropiado" entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser el preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo por los delitos tipificados con arreglo a la Convención -proscripción de la impunidad-.

II. DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL

El combate preventivo y represivo del delito de lavado de activos*

Fernando Vicente Núñez Pérez**
Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La prevención y represión del delto de lavado de activos / 3. El sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (SPLAFT) / 4. La política internacional y nacional contra el delito de lavado de activos / 5. El delito de lavado de activos manifestado en diversas instituciones del ordenamiento jurídico nacional / 6. El marco normativo internacional, nacional, preventivo y represivo contra el delito de lavado de activos / 7. Conclusiones.

1. Introducción

El presente aporte pretende dar a entender a la comunidad académica que el combate que pueda existir contra el delito de lavado de activos no puede ser realizada en forma aislada con una orientación hacia el fracaso, sino que tal lucha debe ser plenamente integradora u omnicomprensiva justamente por la complejidad de lo que abarca. La lucha contra el lavado de activos no es solo por medio del Sistema Penal en sus diversas manifestaciones (Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho de Ejecución Penal), sino también por medio de otras especialidades que se le complementan.

Debe apreciarse que tanto la Ley Penal contra el Lavado de Activos regulado en la Ley N° 27765 del 27 de junio de 2002 (derogada), como el Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (Pregrado y Posgrado). Máster Internacional en Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Fraude Fiscal y Compliance por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Maestro en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Cumplimiento Normativo en Materia Penal/Criminal Compliance por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Máster en Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo por Esneca Business School (España). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado regulado en el Decreto Legislativo N° 1106 del 19 de abril de 2012 (vigente), tienen aspectos sustantivos, procesales y de ejecución en forma concurrente.

2. La prevención y represión del delto de lavado de activos

Una política criminal contra esta expresión delictiva moderna, no solo debe ser realizada exclusivamente bajo una óptica sancionadora, represiva o punitiva, sino también en forma preventiva o de evitación. Tan importante es enfrentar el delito de lavado de activos por medio de la represión que nos brinda el Derecho Penal, como a través de la prevención que nos brinda el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT), sistema administrativo que está conformado por las políticas y procedimientos que deben ser establecidos por los Sujetos Obligados de acuerdo a las disposiciones normativas que existen sobre la materia al respecto, en donde por medio de la gestión de riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, se busca prevenir y evitar que las actividades que desarrollan o los servicios que los Sujetos Obligados prestan al público, sean utilizados para la comisión de delitos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, a través de la detección de operaciones inusuales y de operaciones sospechosas realizadas o que se hayan intentado realizar[1].

Con ello, se busca comprender que la sociedad no solo se debe preocupar, claro que sí, cuando tal figura delictiva ya se haya realizado, sino que también se debe preocupar para que tal acto criminal no se consuma típicamente. La prevención, detección y represión son elementos esenciales en esta lucha, como ejes que integran el Sistema Nacional contra el Lavado de Activos.

Relacionado a lo anterior y a su complejidad, se debe hacer destacar que el combate al delito de lavado de activos no solo compete al Estado por medio de sus diversos órganos [Ministerio Público, Poder Judicial, Policía Nacional del Perú, Procuraduría, Organismos Supervisores, Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú)], sino que en alguna relevante medida también compete su lucha a determinadas personas naturales o jurídicas del sector privado, como el caso de los Sujetos Obligados del Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT). Por eso mismo, al delito de lavado de activos, en forma transversal, hay que prevenirlo, detectarlo y sancionarlo, con la colaboración integradora del sector público, pero también del sector privado. El sector público persigue esencialmente la detección y sanción del lavado de activos, en

1 Véase el artículo 5.23 del Decreto Supremo N° 002-2019-JUS del 9 de enero de 2019 ("Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas").

tanto que el sector privado dedica su labor a prevenir y detectar las operaciones inusuales como las sospechosas.

Desde el punto de vista administrativo, un adecuado Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT) debe implicar que los denominados Sujetos Obligados deben gestionar los riesgos, es decir, identificar los riesgos inherentes de lavado de activos a que se encuentran expuestos al realizar sus actividades, teniéndose en cuenta los factores de riesgo (clientes, servicios que prestan, zonas geográficas); evaluando tanto la probabilidad de que el riesgo inherente se produzca, como el impacto que existiría en caso se presente en la realidad este riesgo inherente; mitigando o disminuyendo los riesgos inherentes a que se encuentran expuestas a través de la adopción de los mecanismos de control adecuados e idóneos; monitoreándose con el objetivo de realizarse el seguimiento para establecer si los riesgos han disminuido.

Este enfoque basado en riesgos permitirá a los Sujetos Obligados aplicar las medidas de control conforme a la naturaleza de los riesgos de lavado de activos a que se encuentran expuestas, buscándose concentrar los esfuerzos y recursos de manera efectiva, debiendo quedar en claro que muchas personas, naturales o jurídicas, al realizar sus actividades económicas se encuentran expuestas al riesgo penal de ser utilizadas en la comisión de este delito.

Por lo que se explica, la lucha contra el lavado de activos no solo es una tarea de los Estados, sino que implica también la intervención necesaria del sector privado a nivel preventivo y en el ámbito administrativo, como el caso de las empresas, entendida esta como pieza clave de la existente política criminal de carácter internacional, más aun con la introducción en los ordenamientos jurídicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en donde las entidades privadas han venido incorporando en su estructura interna un Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT que es un modelo del compliance obligatorio por la Ley N° 27693 – "Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú" y la Ley N° 29038 – "Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones") o Modelo de Prevención (modelo del compliance facultativo por la Ley N° 30424 – "Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas"), con el objetivo de que el ejercicio de sus labores se realicen conforme a la legalidad.

3. El sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (SPLAFT)

En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos tanto un Sistema General de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT General), así como un Sistema Acotado de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT Acotado), en la que se incluyen personas naturales o jurídicas que por su actividad que realizan son consideradas como Sujetos Obligados a informar ante la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú).

En lo que se refiera al Sistema General de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT General), se incluyen concretamente los Sujetos Obligados a informar, estando obligados a proporcionar la información a que se refiere el artículo 3 de la Ley N° 27693 del 12 de abril de 2002 ("Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú"), así como a implementar el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, encontrándose en este catálogo las siguientes personas naturales y jurídicas:

- Las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros y las demás comprendidas en los artículos 16 y 17 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley Nº 26702 y los corredores de seguros.

- Las empresas emisoras de tarjetas de crédito.

- Las cooperativas de ahorro y crédito.

- Las que se dedican a la compraventa de divisas.

- Las que se dedican al servicio postal de remesa y/o giro postal.

- Las empresas de préstamos y/o empeño.

- Los administradores de bienes, empresas y consorcios.

- Las sociedades agentes de bolsa, las sociedades agentes de productos y las sociedades intermediarias de valores.

- Las sociedades administradoras de fondos mutuos, fondos de inversión y fondos colectivos.

- La Bolsa de Valores, otros mecanismos centralizados de negociación e instituciones de compensación y liquidación de valores.

- La Bolsa de Productos.
- Las que se dedican a la compra y venta de vehículos, embarcaciones y aeronaves.
- Las que se dedican a la actividad de la construcción y/o la actividad inmobiliaria.
- Los agentes inmobiliarios.
- Las que se dedican a la explotación de juegos de casinos y/o máquinas tragamonedas, y/o juegos a distancia utilizando el internet o cualquier otro medio de comunicación, de acuerdo con la normativa sobre la materia.
- Las que se dedican a la explotación de apuestas deportivas a distancia utilizando el internet o cualquier otro medio de comunicación, de acuerdo con la normativa sobre la materia.
- Las que se dedican a la explotación de juegos de lotería y similares.
- Los hipódromos y sus agencias.
- Los agentes de aduana.
- Los notarios.
- Las empresas mineras.
- Las que se dedican al comercio de joyas, metales y piedras preciosas, monedas, objetos de arte y sellos postales.
- Los laboratorios y empresas que producen y/o comercializan insumos químicos y bienes fiscalizados.
- Las empresas que distribuyen, transportan y/o comercializan insumos químicos que pueden ser utilizados en la minería ilegal, bajo control y fiscalización de la SUNAT.
- Las que se dedican a la comercialización de las maquinarias y equipos que se encuentran comprendidos en las Subpartidas nacionales N° 84.29, N° 85.02 y N° 87.01 de la Clasificación Arancelaria Nacional.
- Las que se dedican a la compraventa o importaciones de armas y municiones.
- Las que se dedican a la fabricación y/o la comercialización de materiales explosivos.

- Las sociedades administradoras, conforme al Decreto de Urgencia que regula el financiamiento participativo financiero.

- Los abogados y contadores públicos colegiados, que de manera independiente, y las personas jurídicas, cuyo objeto social es la prestación de servicios jurídicos, legales y/o contables, que realizan o se disponen a realizar en nombre de su cliente o por cuenta de este, de manera habitual, las siguientes actividades: Compra y venta de bienes inmuebles; Administración del dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos; Organización de aportaciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas; Creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas; Compra y venta de acciones o participaciones sociales de personas jurídicas. La información que estos sujetos obligados proporcionan a la UIF-Perú se restringe a aquella que no se encuentra sujeta al secreto profesional.

Por otro lado, en lo que se refiera al Sistema Acotado de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT Acotado), se incluyen concretamente los Sujetos Obligados a Reportar Operaciones Sospechosas y/o Registrar Operaciones de acuerdo al umbral que determine la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, así como a implementar un Sistema Acotado de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo[2], encontrándose en este catálogo las siguientes personas naturales y jurídicas:

- Las que se dedican al comercio de antigüedades.

- Los gestores de intereses en la administración pública, según la Ley N° 28024.

- Los martilleros públicos.

- Las procesadoras de tarjetas de crédito y/o débito.

- Las agencias de viaje y turismo y los establecimientos de hospedaje.

- Las organizaciones sin fines de lucro (OSFL) que recauden, transfieran y desembolsen fondos, recursos u otros activos para fines o propósitos caritativos, religiosos, culturales, educativos, científicos, artísticos, sociales, recreativos o solidarios o para la realización de otro tipo de acciones u obras altruistas o benéficas, siempre que no faciliten créditos, microcréditos o cualquier otro tipo de financiamiento económico.

2 El Sistema Acotado de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo comprende en todos los casos el envío de Reportes de Operaciones Sospechosas y, adicionalmente, el Registro de Operaciones o la designación de un Oficial de Cumplimiento a dedicación no exclusiva.

- Las empresas del Estado que por la actividad que realizan no se encuentran dentro de los alcances del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 29038 y las normas que la modifiquen o sustituyan, así como el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, los gobiernos regionales y las municipalidades provinciales.

- La Central de Compras Públicas – Perú Compras.

- Los clubes de fútbol profesional, de primera y segunda división, que integran la Asociación Deportiva de Fútbol Profesional (ADFP) y la Asociación Deportiva de Fútbol Profesional de Segunda División (ADFP-SD), respectivamente, o las que hagan sus veces.

4. La política internacional y nacional contra el delito de lavado de activos

No se debe soslayar que enfrentar este delito no solo puede ser realizada a nivel nacional, es decir, dentro y sin salir de nuestras fronteras, sino también por medio de una correcta coordinación internacional. Bajo un entendimiento internacional, debe tenerse en cuenta que, entre la actividad delictiva previa, como delito subyacente, y, el lavado de activos, como delito subsiguiente, pueden ser consumados típicamente en países diversos.

La lucha contra el delito lavado de activos debe valorar el marco normativo internacional elaborado por los principales organismos internacionales, sea que produzcan normas de obligatorio cumplimiento como de aquellas que tienen el carácter de ser recomendaciones, fuentes normativas que vienen sirviendo luego para la implementación y reforma del marco normativo nacional (preventivo y represivo). Dentro del marco normativo internacional de seguro serán de importancia tomar en cuenta aquellas elaboradas por la Organización de las Naciones Unidas, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización de los Estados Americanos.

Aterrizando concretamente con respecto a las 40 Recomendaciones elaboradas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en 1990, cabe señalar que estas recomendaciones internacionales han generado un grado de armonización único y sin precedentes a nivel mundial, esto es, tanto para la prevención como para la represión del delito de lavado de activos. Por este motivo, reflexionando, la armonización normativa que existe a la fecha no solo procede de los instrumentos internacionales vinculantes elaborado por las organizaciones internacionales más importantes (hard law), sino también del denominado como soft law. Si bien las 40

Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que es una organización internacional que carece de eficacia normativa vinculante, en la que no obligan a los Estados, existiendo críticas por su legitimación internacional y democrática, gozan de aceptación mundial, no recurriendo a la amenaza de la sanción internacional, sin embargo, el elevado nivel de armonización se debe por el sistema de evaluaciones mutuas y por el proceso de seguimiento para saber si los Estados cumplen con las recomendaciones[3].

Desde la inicial tipificación del delito de lavado de activos en los ordenamientos jurídicos nacionales hasta el día de hoy, presenta como principal característica su expansión, destacando en este sentido lo que debe entenderse sobre el delito determinante, es decir, en la actividad delictiva previa que ha generado el bien maculado que será objeto del posterior acto de pretendida legitimación criminal, teniendo como fuente la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (Convención de Viena), la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención de Palermo), la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida), así como las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) de 1990, a lo que se debe agregar, para el ámbito del Consejo de Europa, la Convención sobre el Blanqueo, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito de 1990 (Convención de Estrasburgo) y la Convención relativa al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo de 2005 (Convención de Varsovia), así como, a nivel de la Unión Europea, la importante Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal. Para el sector americano es de relevancia tener en cuenta lo regulado en el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos (CICAD-OEA), fuente normativa internacional que ha servido al legislador nacional para la construcción de aquella norma a que hace referencia, en forma expresa, sobre la autonomía del delito de lavado de activos, en cuya versión del año de 1992 se sostuvo que el delito de lavado de activos deberá ser investigado, enjuiciado, fallado o sentenciado por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito, u otros delitos graves, en tanto que en la versión del año de 2010 se estableció que el

3 BLANCO CORDERO, Isidoro. "Blanqueo de capitales y lucha contra las finanzas del delito" (Módulo 1). En: Curso online "Crime Doesn't Pay: Blanqueo, Enriquecimiento Ilícito y Decomiso", Universidad de Salamanca – Fundación General, curso llevado a cabo del 15 de febrero al 5 de marzo de 2021, p. 6.

delito de lavado de activos deberá ser tipificado, investigado, enjuiciado, fallado o sentenciado por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave, por lo que, la criminalización primaria o secundaria de las conductas que constituyen lavado de activos deben tomar en cuenta este Reglamento Modelo.

Esta expansión o ampliación de la actividad criminal previa en el delito lavado de activos ha traído como consecuencia que el mismo no solo sea considerado el tráfico ilícito de drogas, como ocurrió al inicio, sino que su comprensión ha ido más allá del mencionado delito. Conforme se apunta, debe resaltarse que el delito de lavado de activos surgió como una forma de poder enfrentar aquellos comportamientos delictivos que tenían como objeto material el producto criminal que era generado por las organizaciones criminales que se dedicaban concretamente al tráfico ilícito de drogas, sin embargo, debe reflexionarse que en la actualidad estas organizaciones pueden producir sus ganancias maculadas por medio de una diversidad de delitos.

No cabe duda que el lavado de activos es un ámbito delictual que viene siendo criticado por un importante sector de la doctrina especializada por la expansión mundial de su castigo porque sus tipos penales, desde su aparición, se vienen ampliando innecesariamente, generando un control económico y social excesivo[4].

En el ordenamiento jurídico penal peruano esta evolución, concretamente con respecto a la actividad criminal previa que generó el dinero, bienes, efectos o ganancias, en orden progresivo se ha presentado de la siguiente manera:

- ***En primer lugar***, cuando se introdujo el delito de lavado de activos al Código Penal de 1991 por medio del Decreto Legislativo 736 del 12 de noviembre de 1991, era considerado específicamente delito fuente el tráfico ilícito de drogas y el narcoterrorismo.

- ***En segundo lugar,*** con la regulación de la Ley N° 27765 del 27 de junio de 2002, se estableció un catálogo delictual ejemplificativo más amplio de posible consideración como delito fuente, pero con una cierta limitación jurídica, esto es, de que podían ser "otros similares" que generen ganancias ilegales (delitos graves sancionados con pena privativa de la libertad signi-

4 Abel Souto, Miguel. "Prólogo". En: El delito de blanqueo de dinero: Historia, práctica jurídica y técnicas de blanqueo (Alejandro Seoane Pedreira). Editorial Aranzadi, Navarra – España, Primera Edición, 2017, pp. 13-14.

ficativa y realizados tendencialmente en delincuencia organizada)[5].

- ***En tercer lugar,*** con el Decreto Legislativo N° 1106 del 19 de abril de 2012, en donde si bien también se reguló un catálogo delictual ejemplificativo muy comprensivo de posible consideración como delito fuente, terminaba señalándose, sin la limitación previa resaltada, de que podía ser "cualquier otro" con capacidad de generar ganancias ilegales, supuesto normativo que es el que nos rige hasta el día de hoy (origen ilícito que se corresponde a actividades criminales).

Siguiendo con esta lógica expansiva del delito de lavado de activos en el Derecho Penal nacional, si bien nuestra actual legislación penal especial, por medio del Decreto Legislativo N° 1106 y sus modificatorias posteriores, se hace uso de la nomenclatura jurídica de "lavado de activos", sin embargo, si se revisa los artículos 1, 2 y 3 de esta normatividad en ninguna parte del texto punitivo aparece, como conducta típica o verbo rector, el "lavado", ni tampoco, como objeto material del delito, los "activos". Como conductas típicas o verbos rectores más bien aparecen "convierte" o "transfiere" (artículo 1), "adquiere", "utiliza", "posee", "guarda", "administra", "custodia", "recibe", "oculta" o "mantiene en su poder" (artículo 2), "transporta", "traslada", "hace ingresar" o "hace salir" (artículo 3), en total quince formas de comisión delictiva; en tanto que, como objeto material del delito, aparecen el "dinero", "bienes", "efectos" o "ganancias" (artículos 1 y 2), "dinero en efectivo" o "instrumentos financieros negociables emitidos al portador" (artículo 3). Debe recordarse que si bien el Código Penal de 1991, en su origen, no reguló el delito de lavado de activos, sin embargo, a través del Decreto Legislativo N° 736 del 12 de noviembre de 1991, se decidió incorporar a este cuerpo normativo sustantivo los artículos 296-A y 296-B. Es importante apuntar que este Decreto Legislativo no hizo uso, como nombre de esta normatividad, la nomenclatura jurídica del "lavado de activos"[6], en tanto que si hizo uso, dentro de sus considerandos, la ter-

5 Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 (Asunto: El delito de lavado de activos): "30º. Como ha quedado expuesto, el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero. **Los denominados "delitos fuente" han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares -obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada- que generen ganancias ilegales** -su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso-, con excepción del delito de receptación-. Así consta en el artículo 6º de la Ley de lavado de activos -modificada por el Decreto Legislativo número 986, del 22 del julio de 2007-" (El subrayado y negreado es nuestro).

6 Decreto Legislativo N° 736 ("Incorporan dos artículos a la Sección II Capítulo III del Título XII del Código Penal": "(…) El Estado no puede permanecer indiferente ante esta amenaza por lo que es imprescindible adoptar medidas legales para contrarrestarla definiendo con mayor precisión las nuevas

minología del "lavado de dinero", siendo que dentro de su estructura típica, concretamente en el artículo 296-B, como parte de la conducta describió el intervenir en el proceso de blanqueado o lavado de dinero.

También es importante hacer mención la evolución que ha tenido el delito de lavado de activos, bajo la nomenclatura jurídica de blanqueo de capitales, en el Derecho Penal español, debiéndose resaltar los dos momentos normativos claves con respecto a su incorporación y consolidación que ha tenido este delito en ese país, como los siguientes:

- El Código Penal español de 1973 regulado en el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, fue modificado tanto por medio de la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, como por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. La Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, introdujo el artículo 546 bis f) al Código Penal, por la que se incorporó indirectamente del delito de blanqueo de capitales como una forma de receptación especifica, limitándose la actividad delictiva previa al blanqueo de las ganancias procedentes del tráfico ilícito de drogas. La Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, introdujo el artículo 344 bis h) y el artículo 344 bis i), por la que se incorporó el delito de blanqueo de capitales todavía vinculado con el blanqueo de las ganancias procedentes de la actividad delictiva tráfico ilícito de drogas, pero sin derogarse el previo artículo 546 bis f), produciéndose con ello una duplicidad de tipos penales de blanqueo en la normatividad penal española.

- El Código Penal español de 1995 regulado en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, previó en su artículo 301 el delito de blanqueo de capitales, en la que inicialmente se estableció que los bienes objeto de las conductas típicas de blanqueo debían tener como origen un delito grave, entendiéndose como delito grave cuando la pena privativa de la libertad superase los tres años de prisión, ya no limitado al tráfico ilícito de drogas. Posteriormente, por medio de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal, se suprime del tipo

conductas ilícitas que se relacionan con los bienes, productos o beneficios ilegales que se obtienen como consecuencia del proceso de comercialización de drogas, así como el movimiento de estos capitales para evitar su reciclaje al volver a integrar al circuito económico del país mediante operaciones de **lavado de dinero,** lo que amerita describir el tipo básico respectivo, indicando taxativamente aquellas circunstancias específicas que permitan apreciar al juzgador, las agravantes o atenuantes de la pena (…)" (El subrayado y negreado es nuestro).

penal básico de blanqueo de capitales el término grave que acompañaba al delito, por lo que a partir de ese momento cualquier delito, sin importar su gravedad, podía ser delito fuente de las ganancias que podrían ser objeto de blanqueo. Más adelante, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, se sustituye el termino delito por el de actividad delictiva como fuente de los bienes que serán objeto del comportamiento típico de blanqueo, a fin de poderse consolidar el carácter autónomo e independiente del delito de blanqueo de capitales con respecto a la actividad delictiva previa, no requiriéndose la existencia de una previa sentencia de condena firme con valor de cosa juzgada del concreto delito fuente que produjo los bienes, bastando que se pruebe dentro de proceso penal en la que se sustancie por el delito de blanqueo que los bienes son producto de una actividad delictiva previa genérica (conducta típica y antijurídica), con la exclusión o inexistencia de otros posibles orígenes, introduciéndose además los verbos típicos del poseer y utilizar, la punibilidad expresa del autoblanqueo y nuevas formas agravadas basadas en ciertos delitos (cuando los bienes tienen su origen en los delitos contra la administración pública en la modalidad de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de la función pública, así como cuando los bienes tienen su origen en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo). Relacionado con esa lógica expansionista, por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, se suprimen las faltas, siendo que algunos supuestos se han elevado a la categoría de delitos leves, pudiendo ser estos como parte de la actividad delictiva previa que produzca los bienes objeto de blanqueo. Por último, por Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica el Código Penal, se incorporan nuevas agravantes específicas: inclusión de nuevos tipos penales, al catálogo delictual ya existente, del cual deriva el bien maculado que será objeto material de blanqueo (trata de seres humanos, delitos de prostitución y la corrupción de menores, delitos de corrupción en los negocios, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros); inclusión cuando el delito de blanqueo, sea en forma dolosa o imprudente, lo realiza algún sujeto obligado conforme a la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, hecho delictivo cometido en el ejercicio de su actividad profesional.

5. El delito de lavado de activos manifestado en diversas instituciones del ordenamiento jurídico nacional

Existen algunos puntos adicionales que no se deben omitir y que deben ser necesariamente resaltados cuando se realiza una investigación completa

sobre el delito de lavado de activos, esto es, en todas sus aristas, como las siguientes:

- Como parte de los programas de cumplimiento normativo o compliance que existen contra el lavado de activos, a la fecha se encuentra regulado en forma paralela, por un lado, el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT) en el que se incluyen a los denominados Sujetos Obligados (compliance obligatorio en base a la Ley N° 27693 – "Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú" y la Ley N° 29038 – "Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones"), como, por otro lado, el Modelo de Prevención (compliance facultativo en base a la Ley N° 30424 – "Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas"). Debe apreciarse que de acuerdo a la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 002-2019-JUS – "Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas", bajo la nomenclatura de la "Utilización de los componentes del Sistema de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo", se prevé que las personas jurídicas consideradas Sujetos Obligados de acuerdo a las normas que regulan el Sistema de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, pueden utilizar los componentes que conforman dicho sistema para implementar el modelo de prevención al que hace referencia este Reglamento mencionado, esto con el objetivo de que no exista duplicidad de funciones y sea tanto razonable como proporcional para la prevención, detección y mitigación de los riegos de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 de la Ley N° 30424, además obviamente del lavado de activos y el financiamiento al terrorismo, adicionándose además que, para estos casos, conforme a lo establecido en el literal j) del numeral 10.2.1 del artículo 10 de la Ley N° 27693 – "Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú", la función de Encargado de Prevención puede ser asumida por el Oficial de Cumplimiento a dedicación exclusiva o no exclusiva, designado ante la UIF-Perú, en donde la única función adicional que puede desempeñar un Oficial de Cumplimiento a dedicación exclusiva es la de Encargado de Prevención.

- El combate contra el lavado de activos y delitos periféricos desde un punto de vista represivo, sancionador o punitivo, no solo podrá ser atribuido su comisión a las personas naturales (artículos 1-6 del Decreto Legislativo N° 1106 – "Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organiza-

do") u organizaciones criminales (artículo 3.20 de la Ley N° 30077 - "Ley contra el Crimen Organizado"), sino también a las personas jurídicas en base al defecto de su organización [Ley N° 30424 – "Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional" (21/04/2016); Decreto Legislativo N° 1352 – "Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas" (07/01/2017); Ley N° 30835 – "Ley que modifica la denominación y los artículos 1, 9 y 10 de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional" (02/08/2018); Decreto Supremo N° 002-2019-JUS – "Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas" (09/01/2019); Resolución SMV N° 006-2021-SMV/01 – "Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención (Ley N° 30424, sus modificatorias y su reglamento)" (31/03/2021)]. Esto último es sin perjuicio de la posibilidad de imponerse las denominadas consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, en donde si bien estas sanciones penales especiales, conforme lo denomina la Corte Suprema Nacional (Fundamento Jurídico 11° del Acuerdo Plenario 7-2009 – Asunto: Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias), han sido expectoradas de acuerdo a la derogación del artículo que se encontraba previsto en la legislación penal especial contra el lavado de activos (artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1106), todavía es posible su aplicación de acuerdo a las reglas de la Parte General de la normatividad sustantiva que se encuentran en vigencia (artículos 105 y 105-A del Código Penal), más aún que existen procesos penales nacionales emblemáticos en trámite cuya imputación por este delito recae también sobre personas jurídicas (partidos políticos y empresas), obviamente por hechos anteriores a la vigencia de la Ley N° 30424.

- La imputación a una persona jurídica por su vinculación en la comisión del delito de lavado de activos deberá tener en cuenta la siguiente temporalidad comisiva y normativa: Si la atribución se encuentra referida a hechos cometidos del 09 abril de 1991 al 19 de abril de 2012, se tendrá que apreciar las reglas de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en los artículos 105 y 105-A del Código Penal (vigente); si la atribución se encuentra referida a hechos cometidos del 20 abril de 2012 al 31 de diciembre de 2017, se tendrá que apreciar las reglas de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1106 (Derogado por el Decreto Legislativo N° 1352 del 07 de enero de 2017); si la atribución se encuentra referida a hechos cometidos del 01 de enero de 2018 hasta el día de hoy, se tendrá que apreciar las reglas de la legislación que regula

la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas previstas en la Ley N° 30424 (vigente).

- Véase además que conforme a la Ley N° 30737 del 12 de marzo de 2018 ("Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos"), se viene permitiendo, modificándose los artículos 472, 473, 474, 475, 476-A, 477, 478, 479 y 480 del Código Procesal Penal, que las personas jurídicas, aparte de las personas naturales, pueden someterse al proceso especial de colaboración eficaz, bajo las siguientes reglas: el Fiscal está facultado a promover o recibir solicitudes de colaboración eficaz, como a levantar las actas a fin de iniciar el procedimiento de corroboración y a suscribir el Acuerdo de Beneficios y Colaboración, con persona jurídica que se encuentre o no sometida a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado; las medidas de aseguramiento personal necesarias para garantizar el éxito de las investigaciones, la conclusión exitosa del proceso y la seguridad personal también son de aplicación para los representantes, socios e integrantes de la persona jurídica, cuando corresponda, en el que se incluye que el Fiscal puede requerir ante el Juez de la Investigación Preparatoria que se dicte las medidas de coerción y de protección que correspondan las cuales se dictarán reservadamente; la aplicación del beneficio por colaboración eficaz son de aplicación también para la persona jurídica; cuando el postulante a colaborador es una persona jurídica, los delitos que pueden ser objeto del Acuerdo de Beneficios y Colaboración son los regulados en los artículos 381 al 401 del Código Penal (concusión, peculado y corrupción de funcionarios) y el artículo 1 de la Ley N° 30424 (Cohecho activo transnacional, cohecho activo genérico, cohecho activo especifico, lavado de activos, financiamiento al terrorismo, colusión desleal y tráfico de influencias); cuando el postulante a colaborador sea una persona jurídica podrá obtener como beneficio premial la exención de las medidas administrativas prescritas en el artículo 5 de la Ley 30424, disminución por debajo de los parámetros mínimos establecidos, remisión de la medida para la persona jurídica que la esté cumpliendo y los beneficios establecidos en las normas especiales que lo regulan; si la información proporcionada por el postulante a colaborador arroja indicios suficientes de participación delictiva de las personas sindicadas por éste o de otras personas jurídicas, será materia de la correspondiente investigación y decisión por el Ministerio Público a efectos de determinar la persecución y ulterior sanción de los responsables; si el acuerdo aprobado consiste en la exención de las medidas administrativas, el Juez así lo declarará, disponiendo el levantamiento de las medidas cautelares descritas en el artículo 313-A del Código Procesal Penal, procediendo de igual manera en caso el acuerdo comprenda la disminución de dichas

medidas administrativas; si la colaboración se inicia con posterioridad a la sentencia, en caso el postulante a colaborador es una persona jurídica, el Juez de la Investigación Preparatoria a solicitud del Fiscal, previa celebración de una audiencia privada, podrá conceder la remisión de la medida administrativa impuesta o la conversión de cualquier medida por multa, pero en ningún caso se aplicará dichos beneficios cuando la medida impuesta sea la inhabilitación definitiva para contratar con el Estado o la disolución, siendo que para los numerales 1, 3, 4 y 5 del artículo 105 del Código Penal se podrá aplicar como beneficio la disminución y exención; como parte de las condiciones, obligaciones y control del beneficiado, se debe informar y acreditar mediante instrumento legal o documento de carácter interno de la persona jurídica, la condición de suspensión de sus actividades sociales y la prohibición de actividades futuras restringidas; en lo que se refiere a la revocación de los beneficios, de igual manera se procederá en lo que corresponda, cuando el colaborador sea una persona jurídica; las disposiciones del proceso especial de colaboración eficaz son de aplicación a las personas o entes jurídicos pasibles de imponérseles las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del Código Penal, por la comisión de delitos contra la administración pública, lavado de activos, delitos conexos o equivalentes realizados en otros países en agravio del Estado peruano, cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 30424.

- Debe tenerse en cuenta que conforme al marco normativo internacional que buscan sustentar implementar en los ordenamientos jurídicos internos la responsabilidad de las personas jurídicas (Véase: Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996; Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de 1997; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000; Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003; Convenio relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo de 2005; Decisión Marco 2008/841 JAI relativa a la lucha contra la criminalidad organizada del Consejo de la Unión Europea de 2008; Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo; Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal), no necesa-

riamente buscan que los Estados nacionales acojan una responsabilidad cuya naturaleza sea exclusivamente penal, ya que es posible establecer que esta responsabilidad sea de naturaleza administrativa o civil, es decir, diversa y no imperativamente punitiva, no pudiéndose obligar al Estado parte que establezca un tipo de responsabilidad penal.Por ello, sea una responsabilidad penal, administrativa o civil contra las personas jurídicas, en términos de autonomía regulatoria que cada Estado parte tenga a bien asumirla, sí se exige que por la responsabilidad que deriven contra los entes corporativos se impongan sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias. En ese sentido, una sanción eficaz, proporcional y disuasoria, según el marco normativo internacional, no necesariamente debe ser de carácter penal, sino que el mismo podrá ser también de naturaleza administrativa o civil según lo vea como conveniente casa Estado parte, obviamente porque estos instrumentos internacionales se encuentran dirigidos a una diversidad de países que tienen tradiciones jurídicas plurales y no única. Esta autonomía regulatoria que cada Estado parte tenga a bien asumirla contra las personas jurídicas (penal, administrativa o civil), implica el respeto de estos instrumentos internacionales a los regímenes y principios jurídicos que se encuentran previstos en los ordenamientos jurídicos internos, sin perjuicio de apreciarse que los Estados nacionales cada vez se vienen animando voluntariamente en ir incorporando una responsabilidad de naturaleza penal contra las corporaciones con todas sus consecuencias, siendo tendencia el aumento de los países que la aceptan, por partirse de la insuficiencia de la reparación civil y de la responsabilidad penal individual. Es de destacar también que estos instrumentos internacionales buscan garantizar que la responsabilidad que deberá existir contra las personas jurídicas (penal, administrativa o civil), debe ser sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos, por lo que, la responsabilidad de ambos personajes, sea persona natural o jurídica deberán tener contenidos y fundamentos distintos, en este caso por su autonomía e independencia.

- No se debe dejar de lado el estudio de los delitos periféricos al lavado de activos, como el caso del delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, así como el delito de rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información (artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo N° 1106 – "Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado"), delitos que si bien no son propiamente lavado de activos si se le encuentran relacionados.

- El estudio de la incautación (medida coercitiva de carácter real) y del decomiso (consecuencia accesoria de carácter patrimonial), es también resaltada por la legislación penal especial contra el lavado de activos (artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1106 – "Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado"), sin perjuicio de lo regulado en el Código Procesal Penal (artículos 316-320) y en el Código Penal (artículos 102-103). A esto se le debe agregar el necesario estudio del proceso autónomo de extinción de dominio [Decreto Legislativo N° 1373 – "Decreto Legislativo sobre extinción de dominio" (04/08/2018); Decreto Supremo N° 007-2019-JUS – "Aprueban el Reglamento del Decreto Supremo N° 1373, Decreto Legislativo de Extinción de Dominio" (01/02/2019); Decreto Supremo N° 001-2021-JUS – "Decreto Supremo que aprueba los Lineamientos para la administración y disposición de bienes a cargo del Programa Nacional de Bienes Incautados, en el marco del Decreto Legislativo N° 1373 - Decreto Legislativo sobre extinción de dominio y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 007-2019-JUS" (07/02/2021)], antes asumido como proceso de pérdida de dominio [Decreto Legislativo N° 992 – "Decreto Legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio" (22/07/2007); Decreto Supremo N° 010-2007-JUS – "Aprueban Reglamento de Decreto Legislativo N° 992, que regula el Proceso de Pérdida de Dominio" (21/10/2007); Decreto Supremo N° 012-2007-JUS – "Modifican el Reglamento del D. Leg. N° 992, que regula el Proceso de Pérdida de Dominio, aprobado por D.S. N° 010-2007-JUS" (18/11/2007); Ley N° 29212 – "Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 992, Decreto Legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio" (18/04/2008); Decreto Legislativo N° 1104 – "Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre pérdida de dominio" (19/04/2012); Decreto Supremo N° 093-2012-PCM – "Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo N° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio" (08/09/2012)], en el que se debe tomar en cuenta no solo la legislación nacional, sino también la normatividad supranacional y legislación comparada, como la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988; la Convención sobre el Blanqueo, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito de 1990; la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999; la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000; la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003; la Convención relativa al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del

Delito y a la Financiación del Terrorismo de 2005; la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe (LAPLAC) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) de 2011; la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea; la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal.

- Además, habiendo la Ley N° 31146 – "Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley 28950, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, con la finalidad de sistematizar los artículos referidos a los delitos de trata de personas y de explotación, y considerar estos como delitos contra la dignidad humana" (30/03/21) creado la nomenclatura jurídica de los "Delitos contra la Dignidad Humana" como integrante del Título-A de la Parte Especial del Código Penal, decidió modificar el artículo 10 de la Ley 28950 – "Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes", en el que se detalla que en los delitos previstos en el Título I-A de la Parte Especial – Delitos del Código Penal (Delitos contra la Dignidad Humana), cuando el patrimonio del condenado resulte insuficiente para hacer efectiva la reparación civil, el Juez ordenará al Programa Nacional de Bienes Incautados (Pronabi) o a la entidad que haga sus veces que el producto de la subasta de los bienes decomisados u objeto de extinción de dominio generados por dichos delitos sea destinado al pago de la reparación civil a las víctimas, de manera proporcional, bienes que han sido generados por los hechos de trata de personas y de explotación, en sus distintas formas, materia de investigación o juzgamiento, debiendo el procurador público competente ejercer las acciones legales correspondientes contra el condenado a fin de poderse recuperar el pago efectuado por el Estado (bienes decomisados u objeto de extinción de dominio).

6. El marco normativo internacional, nacional, preventivo y represivo contra el delito de lavado de activos

Para el suscrito es muy importante tener en cuenta, en forma conjunta, el marco normativo internacional y nacional sobre el delito de lavado de activos, la misma que debe ser necesariamente objeto de estudio para su real comprensión.

Con respecto al marco normativo internacional sobre el delito de lavado de activos, concretamente como parte de la **estrategia preventiva y represiva,** se debe considerar las siguientes:

- Antecedente: *The Money Laundering Control Act* o la Ley de Control de Lavado de Dinero de 1986 de los Estados Unidos de América (sección 1956 y sección 1957).

- La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (Convención de Viena).

- La Declaración de Principios del Comité de Basilea sobre Prevención en la Utilización del Sistema Bancario para Blanquear Fondos de Origen Criminal de 1998.

- La creación del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en 1989 por medio del Grupo de los 7 (G7).

- Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) de 1990.

- La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención de Palermo).

- La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida).

A nivel del Consejo de Europa se encuentran las siguientes:

- La Convención sobre el Blanqueo, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito de 1990 (Convención de Estrasburgo).

- La Convención relativa al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo de 2005 (Convención de Varsovia).

A nivel de la Unión Europea se encuentran las siguientes:

- La Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (directiva preventiva).

- La Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (directiva preventiva).

- La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema

financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (directiva preventiva).

- La Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) Nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (directiva preventiva).

- La Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (directiva preventiva).

- La Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal (directiva represiva).

A nivel de América es relevante el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos (CICAD-OEA), en sus versiones de 1992 y 2010.

En lo que se refiere al marco normativo nacional sobre el delito de lavado de activos, concretamente como parte de la **estrategia preventiva**, se debe considerar las siguientes:

- La Ley N° 27693 del 12 de abril de 2002 ("Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú").

- La Ley N° 28009 del 21 de junio de 2003 ("Ley que modifica la Ley Nº 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú").

- La Ley N° 28306 del 29 de julio de 2004 ("Ley que modifica artículos de la Ley Nº 27693").

- El Decreto Supremo Nº 018-2006-JUS del 25 de julio de 2006 ("Aprueban Reglamento de la Ley Nº 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, UIF – Perú").

- La Ley N° 29038 del 12 de junio de 2007 ("Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones").

- El Decreto Supremo Nº 057-2011-PCM del 1 de julio de 2011 ("Decreto Supremo qué Aprueba el Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Creación de la Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo").

- El Decreto Legislativo N° 1106 del 19 de abril de 2012 ("Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros Delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado").

- La Resolución SBS Nº 5709-2012 del 16 de agosto de 2012 ("Aprueban "Normas Especiales para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo aplicable a los Notarios").

- La Resolución SBS Nº 8930-2012 del 1 de diciembre de 2012 ("Aprueban el Reglamento de Infracciones y Sanciones en Materia de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo").

- El Decreto Supremo Nº 195-2013-EF del 1 de agosto de 2013 ("Aprueban Reglamento de la Obligación de Declarar el Ingreso o Salida de Dinero en Efectivo y/o Instrumentos Financieros Negociables Emitidos al Portador").

- La Resolución SBS N° 5389-2013 del 14 de setiembre de 2013 ("Aprueban Reglamento de Infracciones y Sanciones en materia de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo aplicable a las Empresas que explotan Juegos de Casino y/o Máquinas Tragamonedas").

- La Resolución SBS N° 7314-2013 del 18 de diciembre de 2013 ("Modifican Anexo 1 del Reglamento de Infracciones y Sanciones en Materia de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, aplicable a sujetos obligados que no cuentan con organismo supervisor, aprobado por Res. SBS N° 8930-2012").

- La Resolución SBS N° 6414-2014 del 28 de setiembre de 2014 ("Aprueban Norma que establece los requisitos y características de los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) que los organismos supervisores de los sujetos obligados a informar emitan a la UIF-Perú").

- La Resolución SBS N° 6729-2014 del 13 de octubre de 2014 ("Amplían lista de sujetos obligados a informar operaciones sospechosas a la UIF

- Perú, modifican la Norma para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y el Reglamento de Infracciones y Sanciones en materia de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo").

- La Resolución SBS N° 2660-2015 del 18 de mayo de 2015 ("Reglamento de gestión de riesgos de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo").

- La Resolución SBS N° 3222-2015 del 13 de junio de 2015 ("Modifican los artículos 10° y 21° del Reglamento de Infracciones y Sanciones en materia de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo").

- La Resolución SBS N° 395-2016 del 28 de enero de 2016 ("Aprueban Norma que regula los mecanismos y procedimientos para que la UIF-Perú congele administrativamente los fondos u otros activos de las personas o entidades vinculadas al financiamiento del terrorismo, identificadas en el marco de resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas").

- La Resolución SBS N° 1695-2016 del 30 de marzo de 2016 ("Aprueban Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a las personas jurídicas que explotan juegos de casino y/o máquinas tragamonedas").

- La Resolución SBS N° 1999-2016 del 8 de abril de 2016 ("Aprueban disposiciones normativas para la atención de las solicitudes de información que efectúe la UIF - Perú a las entidades públicas, personas naturales y jurídicas señaladas en la Ley Nº 27693 y en el D. Leg. Nº 1106").

- La Ley N° 30437 del 25 de mayo de 2016 ("Ley que modifica el artículo 3 de la Ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú, para ampliar sus facultades en la lucha contra el terrorismo").

- La Resolución SBS N° 3862-2016 del 16 de julio de 2016 ("Aprueban Norma que regula los mecanismos y procedimientos para que la UIF - Perú congele administrativamente los fondos u otros activos de las personas o entidades vinculadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo, así como de aquellas vinculadas a la proliferación de armas de destrucción masiva y su financiamiento, identificadas en el marco de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y emiten otras disposiciones").

- La Resolución SBS N° 4349-2016 del 14 de agosto de 2016 ("Aprueban

Norma sobre funciones y cargos ocupados por personas expuestas políticamente (PEP) en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo").

- La Resolución SBS N° 4349-2016 del 19 de agosto de 2016 ("Anexo de la Resolución SBS N° 4349-2016 que aprueba la Norma sobre funciones y cargos ocupados por personas expuestas políticamente (PEP) en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo").

- La Resolución SBS N° 4197-2016 del 20 de agosto de 2016 ("Aprueban Norma para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo aplicable a los Agentes de Aduana Autorizados para Operar como Despachadores de Aduana").

- La Resolución SBS N° 6089-2016 del 23 de noviembre de 2016 ("Aprueban Norma para la Gestión de Riesgos y Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo aplicable a los Concesionarios Postales y Operador Designado, autorizados a prestar el servicio postal de remesa y/o giro postal").

- El Decreto Legislativo N° 1249 del 26 de noviembre de 2016 ("Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la Prevención, Detección y Sanción del lavado de Activos y el Terrorismo").

- El Decreto Supremo Nº 018-2017-JUS del 15 de setiembre de 2017 ("Aprueban Política Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y fortalecen la Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo - CONTRALAFT").

- El Decreto Supremo Nº 020-2017-JUS del 6 de octubre de 2017 ("Reglamento de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú (UIF - Perú)").

- La Resolución SBS Nº 4353-2017 del 11 de noviembre de 2017 ("Aprueban Norma que regula la forma y condiciones en que se debe proporcionar a la UIF-Perú, la información protegida por el secreto bancario y/o la reserva tributaria").

- La Resolución SBS Nº 4589-2017 del 2 de diciembre de 2017 ("Establecen como comunicaciones de inteligencia financiera nacional, de carácter confidencial y reservado, emitidas por la UIF-Perú al Informe de Inteligencia para Levantamiento de Reservas y a la Nota de Inteligencia Financiera Espontánea").

- La Resolución SBS N° 369-2018 del 3 de febrero de 2018 ("Aprueban la Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo el sistema acotado de prevención del lavado de activos y del financiamiento de terrorismo").

- La Resolución SBS N° 789-2018 del 3 de marzo de 2018 ("Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo supervisión de la UIF-Perú, en materia de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo").

- El Decreto Supremo Nº 003-2018-JUS del 11 de marzo de 2018 ("Aprueban el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo 2018 -2021").

- El Decreto Supremo Nº 008-2018-JUS del 28 de junio de 2018 ("Decreto Supremo que establece la exoneración de tasa registral para la inscripción de la medida de congelamiento de activos y modifica el Reglamento de la Ley Nº 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú (UIF - PERÚ), aprobado por Decreto Supremo Nº 020- 2017-JUS").

- El Decreto Legislativo Nº 1372 del 2 de agosto de 2018 ("Decreto Legislativo que regula la obligación de las personas jurídicas y/o entes jurídicos de informar la identificación de los beneficiarios finales").

- La Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 273-2018-SUNARP/SN del 25 de octubre de 2018 ("Aprueban Directiva que regula el procedimiento para la presentación e inscripción de la medida de Congelamiento Administrativo de Activos de la UIF-Perú").

- El Decreto Supremo Nº 003-2019-EF del 8 de enero de 2019 ("Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo N° 1372, que regula la obligación de las personas jurídicas y/o entes jurídicos de informar la identificación de los beneficiarios finales").

- La Resolución Ministerial N° 0322-2019-JUS del 16 de agosto de 2019 ("Aprueban Reglamento Interno de la Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento al Terrorismo - CONTRALAFT").

- La Resolución SBS N° 3949-2019 del 4 de setiembre de 2019 ("Aprueban la Plantilla ROSEL que deben utilizar sujetos obligados a informar a que se refieren la Ley N° 29038 y el D.S. N° 020-2017-JUS, para cumplir con su obligación de comunicar a la UIF-Perú y dictan otras disposiciones").

- La Resolución de Superintendencia N° 185-2019/SUNAT del 25 de setiembre de 2019 ("Establecen la forma, plazo y condiciones para la presentación de la declaración del beneficiario final y dictan disposiciones para que los notarios verifiquen dicha presentación e informen a la SUNAT el incumplimiento de los sujetos obligados").

- La Resolución SBS N° 1656-2020 del 17 de junio de 2020 ("Reanudan cómputo de plazos para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los sujetos obligados a informar a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú UIF-Perú que hayan reanudado sus actividades; y disponen la reanudación de las actividades de supervisión en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo por parte de la UIF-Perú").

Y, por último, en lo que se refiere al marco normativo nacional sobre el delito de lavado de activos, concretamente como parte de la e**strategia represiva**, se debe considerar las siguientes:

El Código Penal regulado en el Decreto Legislativo N° 635 del 8 de abril de 1991: Originariamente no se encontró regulado el delito de lavado de activos en el Código Penal.

- El Decreto Legislativo N° 736 del 12 de noviembre de 1991 ("Incorporan dos artículos a la Sección II Capítulo III del Título XII del Código Penal").

- La Ley N° 25399 del 10 de febrero de 1992 ("Derogan los Decretos Legislativos Nºs. 647, 675, 687, 731, 736, 746, 747, 760, 762, 754").

- La Ley N° 25404 del 26 de febrero de 1992 ("Sustituyen el Artículo 195° del Código Penal, referido a la pena privativa de la libertad").

- El Decreto Ley N° 25428 del 11 de abril de 1992 ("Incorporan los Artículos 296-A y 296-A a la Sección II, Capítulo III del Título XII, del Código Penal").

- La Ley N° 26223 del 21 de agosto de 1993 ("Modifican el Código Penal respecto a la aplicación de la pena de cadena perpetua en el delito de tráfico ilícito de drogas o de narcoterrorismo").

- La Ley N° 27225 del 17 de diciembre de 1999 ("Ley que adiciona un último párrafo a los artículos 296-B y 402 del Código Penal").

La Ley Penal contra el Lavado de Activos regulado en la Ley N° 27765 del 27 de junio de 2002.

- La Ley N° 27765 del 27 de junio de 2002 ("Ley Penal contra el Lavado de Activos").

- La Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004 ("Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley Penal contra el Lavado de Activos").

- La Ley N° 28950 del 16 de enero de 2007 ("Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes").

- El Decreto Legislativo N° 986 del 22 de julio de 2007 ("Decreto Legislativo que modifica la Ley Nº 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos").

El Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado regulado en el Decreto Legislativo N° 1106 del 19 de abril de 2012.

- El Decreto Legislativo N° 1106 del 19 de abril de 2012 ("Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado").

- El Decreto Legislativo N° 1249 del 26 de noviembre de 2016 ("Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la Prevención, Detección y Sanción del lavado de Activos y el Terrorismo").

- El Decreto Legislativo N° 1352 del 7 de enero de 2017 ("Decreto Legislativo que amplía la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas").

- El Decreto Legislativo N° 1367 del 29 de julio de 2018 ("Decreto Legislativo que amplía los alcances de los Decretos Legislativos 1243 y 1295").

- Conforme a la Ley N° 31178 del 28 de abril de 2021 ("Ley que modifica artículos del Código Penal respecto de circunstancia agravante derivada de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el Código Penal y leyes especiales").

7. Conclusiones

Por tanto, estas líneas han buscado hacer reflexionar, en forma integral, lo siguiente:

- El combate contra el delito de lavado de activos comprende tanto la prevención y represión.

- El combate contra el delito de lavado de activos comprende tanto al sector público como al sector privado.

- El combate contra el delito de lavado de activos debe ser apreciado bajo una óptica nacional e internacional.

- El combate contra el delito de lavado de activos debe valorar, desde una óptica concretamente internacional, no solo el marco normativo internacional elaborado por los principales organismos internacionales que produzcan normas de obligatorio cumplimiento (hard law), sino también aquellas organizaciones que producen normas que tienen el carácter de ser recomendaciones (soft law).

- Desde la inicial tipificación del delito de lavado de activos en los ordenamientos jurídicos nacionales hasta el día de hoy, presenta como principal característica su expansión, destacando en este sentido lo que debe entenderse sobre la actividad delictiva previa que ha generado el bien maculado que será objeto del posterior acto de legitimación criminal. Esta expansión de la actividad criminal previa en el delito lavado de activos ha traído como consecuencia que el mismo no solo sea considerado el tráfico ilícito de drogas, sino que su comprensión ha ido más allá del mencionado delito.

- Dentro de esta lógica expansiva del delito de lavado de activos, si bien en nuestra actual legislación penal especial se hace uso de la nomenclatura jurídica de "Lavado de Activos", sin embargo, si se revisan en su integridad los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106 y sus modificatorias posteriores, en ninguna parte del texto punitivo aparece, como conducta típica o verbo rector, el "lavado", ni tampoco, como objeto material del delito, los "activos".

- Como parte de los programas de cumplimiento normativo o compliance que existen contra el delito de lavado de activos, existen, en forma paralela, un Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT) en el que se incluyen a los Sujetos Obligados (compliance obligatorio), como, por otro lado, un Modelo de Prevención (compliance facultativo).

- El combate contra el delito de lavado de activos desde un punto de vista represivo, sancionador o punitivo, no solo podrá ser atribuido su comisión a las personas naturales u organizaciones criminales, sino también a las personas jurídicas en base al defecto de su organización que regula la Ley N° 30424 como por medio de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas reguladas en los artículos 105 y 105-A del Código Penal.

- El estudio de los delitos periféricos al lavado de activos, como el caso del delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, así como el delito de rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información, delitos que si bien no son lavado de activos si se le encuentran relacionados.

- El estudio de la incautación y del decomiso, es también resaltada por la legislación penal especial contra el lavado de activos, debiéndose agregar el estudio del proceso autónomo de extinción de dominio, antes asumido como proceso de pérdida de dominio.

De acuerdo a lo desarrollado, se habrá podido notar desde inicio la importancia y seriedad del estudio que debe comprender el delito de lavado de activos, porque su combate no solo es preventivo y represivo, sino también internacional y nacional. He ahí la tendencia interna trascendente del porqué de la difusión académica del presente aporte.

Los fines utópicos de las penas en los delitos de violación sexual*

Lee Allison Mantilla Torres**
Universidad Privada del Norte

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Discusión / 2.1. El Derecho Penal y la pena / 3. El delito de violación sexual desde un enfoque internacional / 4. Los delitos contra la libertad sexual en la normativa nacional y su incidencia con el fin de las penas / 5. Conclusiones / 6. Bibliografía.

1. Introducción

El Panel Estadístico de la Población Penitenciaria, ha determinado que, durante este año hasta junio del 2022, han ingresado 10,284 internos a un establecimiento penitenciario, de los cuales solo 1,263 de ellos han sido sentenciados (INPE, 2022); asimismo, en la actualidad se encuentran recluidos 54,746 personas en una cárcel pública (INPE, Sistema de información de estadísticas penitenciarias, 2022). Si bien el Perú cuenta con 33 millones 396 mil 700 habitantes en el año 2022 (INEI, Perú: 50 años de cambios, desafios y oportunidades poblacionales, 2022) la población penitenciaria se equipara a todos los ciudadanos que residen en los distritos de Barranco o Carmen de la Legua (MarketReport, 2022).

Por otro lado, el observatorio Nacional de la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, en el 2021, atendió 21,573 casos de violación sexual a nivel nacional, de los cuales 12,630 de las denuncias han sido por violación sexual de menores de edad (Público, 2022); en esa misma línea, el INPE señaló que el segundo tipo penal con mayor incidencia es el de violación sexual con un porcentaje de 18.506 personas recluidas por el citado tipo penal (INPE, Mapeo de lugar de procedencia de la población penitenciaria).

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Maestrando en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada por la Universidad Privada del Norte. Asistente en el curso de especialización en teoría del delito y responsabilidad penal de la persona jurídica por la Universidad de Salamanca – España, asistente en el curso de violencia de género en la Universidad de Salamanca (virtual), asistente de cátedra de la UNMSM y asistente judicial de la Quinta Sala Superior Liquidadora de Lima.

Ante dicha situación, el legislador ha intentado menguar y reducir la consumación del citado tipo penal a través de ius puniendi del Estado, esto es aumentando el quantum de la pena; sin embargo, ello ha concatenado diversas interrogantes, por ejemplo ¿relamente la pena para los delitos contra la libertad sexual cumplen con su fin, esto es prevenir, proteger y resocializar? o ¿acaso se pretende mediante una pena de cadena perpetua decirle al ciudadano de a pie que todos los niños estarán a salvo?. El presente artículo tiene como fin dar respuesta a esas preguntas, desarrollando en primer lugar las teorías clásicas de la pena, su aplicación al código peruano; para luego, examinar la jurisprudencia emitida por la CIDH sobre los casos de violación sexual y cuáles han sido los argumentos de los mismo; y, por último determinar si las penas consignadas en el Código Penal peruano tienen un carácter utópico.

2. Discusión

2.1. El Derecho Penal y la pena

El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que disponen la imposición de penas o medidas de seguridad y define conductas en delitos, dicha regulación de comportamientos se realiza a través del control social, el cual se divide en dos mecanismos, el primero es informal -instituciones sociales- como los centros de enseñanza; y, el segundo, es formal -instancias con dicha finalidad- como los jueces; es decir, el Derecho penal es solo un instrumento de control social formal; el cual se ejerce mediante un mecanismo de atribución de la sanción penal, dividido en tres etapas: **i)** criminalización primaria: mecanismo de creación de normas jurídicos penales, efectuado por el poder legislativo; **ii)** proceso de criminalización secundaria, mecanismo de aplicación de las normas jurídico – penales, dirigido por el Poder Judicial; y, por último, **iii)** proceso de ejecución de pena, a cargo del poder ejecutivo pero controlado por los jueces (Ignacio Bedugo Gómez de la Torre, 2015).

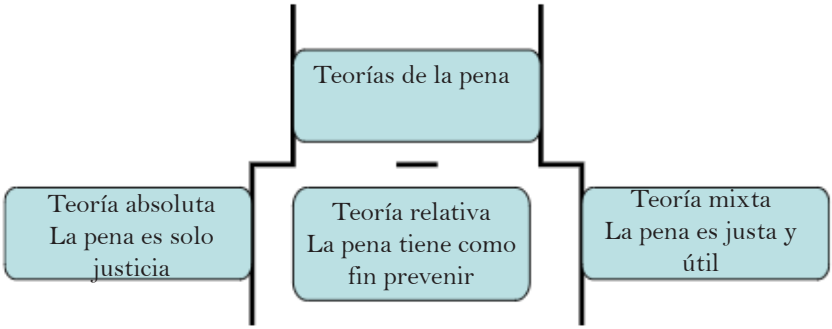
Ahora bien, la importancia del Derecho Penal de un Estado social se legitima solo en cuanto protege a la sociedad, este perderá su intervención si se demuestra incapaz en evitar delitos; por otro lado, se caracteriza por el principio de subsidiariedad donde es el último recurso a falta de otros menos lesivos; y, en su carácter fragmentario, el cual solo debe de sancionar las conductas más peligrosas para los bienes[1] que protege (Puig, 2016); además de los principios ya mencionados, es preciso señalar que *Ius*

1 Conforme lo señalado por el Dr. Mir Puig, en su libro Derecho Penal Parte General, página 131, todo bien jurídico es un interés social que por su importancia merece protección y estos se dividen en políticos – criminal y dogmáticos, el primer versa sobre objeto que reclama protección y el segundo alude a los objetos que de hecho protege el Derecho Penal.

Puniendi del Estado se materializa a través de la imposición de una pena, la cual estará en concordancia con los principios de imputación personal, dolo o culpa, personalidad y responsabilidad por el hecho.

Teniendo en claro el papel que cumple el Derecho Penal como medio para controlar la convivencia social, es pertinente desarrollar el instrumento más utilizado para ese fin, esto es la pena, tanto el derecho penal como las teorías de la pena tienen una estrecha vinculación. La pena es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona; sin embargo, su aceptación o negación dependerá si es posible comprobar su utilidad en el caso específico, siendo la teoría de la pena aquella que busca identificar dicha utilidad (Terreros, 2017).

La primera teoría es la absoluta, donde la pena busca la justicia como sentido absoluto y su fin es la retribución por el delito cometido "ojo por ojo, diente por diente"; también, se fundamenta en el libre albedrío. La siguiente teoría es la teoría relativa, la cual determina que la pena busca prevenir determinadas conductas, tiene una utilidad -prevención- y son relativas porque todo tiene un tiempo. Dicha prevención se divide en prevención general positiva y negativa, siendo la primera dirigida a la masa mediante penas altas; y, en la segunda, se busca intimidar al condenado. Por otro lado, se tiene a la prevención especial tanto positiva como negativa, la primera busca resocializar mientras que la segunda es una inocuizadora. Por último, se tiene a las teorías mixtas en las cuales se mezclan las características primordiales de las teorías antes referidas.



Ahora bien, en el Perú la teoría adoptada es la relativa o también llamada preventiva; dado que el artículo IX del título preliminar del Código Penal señala que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora[2]. Por ende, la importancia de haber recordado cuál es el objetivo de las penas nos permite examinar si dicho fin se está cumpliendo en los delitos contra la libertad sexual.

2 Conforme lo señala el Dr. Felipe Villavicencio Terreros en su libro Derecho Penal Parte General

3. El delito de violación sexual desde un enfoque internacional

Antes de revisar la normativa peruana es pertinente examinar cuál ha sido el enfoque internacional sobre la pena en los delitos de violación sexual efectuados en el Perú; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha plasmado en sus resoluciones distintos argumentos sobre el particular, enfatizando que el Estado peruano debe de prevenir y sancionar los delitos sexuales en base de los tratados internacionales más importantes como el Pacto de San José, el Protocolo de Estambul y la Convención Belem do Pará.

En la jurisprudencia internacional contamos con diversos casos en los cuales el Estado peruano ha sido sancionado por infringir la protección del bien jurídica libertad sexual como es de verse en el siguiente cuadro.

CASO	HECHOS	FUNDAMENTO JURÍDICO
Caso J. Vs. Perú (27 de noviembre de 2013) (CIDH, 2013)	En la convulsionada Lima de 1992, producto del conflicto entre grupos terroristas y las fuerzas policiales y militares, la DINCOTE (Dirección Nacional Contra el Terrorismo) determinó que la publicación "El diario" pertenecía al movimiento de Sendero Luminoso, es así como el 13 de abril se puso en ejecución la Operación Moyano el cual buscaba intervenir a las personas vinculadas a la revista. Uno de los inmuebles intervenidos fue el de los padres de la señora J. donde esta fue detenida y sufrió actos de tortura, y tratos crueles inhumanos y degradantes, incluyendo manoseos en las áreas genitales por parte de los agentes estatales que realizaron la intervención.	El acto de "manoseo" implico una invasión física del cuerpo de la señora J. y al involucrar un área genital significo que fuera de naturaleza sexual. El tribunal considero que se incurrió en violencia sexual, en la medida en que las declaraciones que constan en el expediente no permitían determinar si en dicho acto hubo alguna forma de penetración vaginal para determinar la violación sexual.

Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú (20 de noviembre de 2014) (CIDH, 2014)	En el marco del conflicto entre grupos terroristas y las fuerzas policiales y militares que vivió el Perú entre 1980 y 2000. El 17 de abril de 1993, fue intervenida y detenida Gladys Espinoza Gonzales junto con su pareja sentimental Rafael Salgado en Lima por agente de la División de Investigación de Secuestros (DIVISE) los cuales los trasportaron a las instalaciones de la DIVISE para después trasladar al día siguiente a Gladys Espinoza Gonzales a las Instalaciones de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE), siendo en estas dos instalaciones donde fue sometida a actos de tortura, violación y otras formas de violencia sexual.	La declaración de la víctima de violencia sexual constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Así mismo el suceso de violencia sexual es un suceso traumático por lo que las imprecisiones de los hechos relatados no desmeritan su veracidad como tampoco lo hace la falta de realización de un examen médico o la realización de este sin el cumplimiento de los estándares aplicables, siendo que la víctima se encontraba bajo la custodia del Estado. en el Perú se tornó invisible el patrón grave de violencia sexual del cual fueron víctimas las mujeres detenidas debido a su presunta participación en delitos de terrorismo y traición a la patria, lo cual constituyó un obstáculo a la judicialización de dichos hechos, favoreciendo su impunidad hasta la fecha, y configuró discriminación en el acceso a la justicia por razones de género
Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú (de 12 de marzo de 2020) (CIDH, 2020)	La sociedad peruana a lo largo de su historia ha presentado y presenta fuertes perjuicios en contra de la población LGBTI. Siendo el 25 de febrero de 2008, la señora Rojas Marín, que a la fecha del hecho, se identificaba como hombre gay, fue interceptado alrededor de la media noche por un vehículo policial en dos ocasiones en la cual fue registrada, golpeada y obligada a subir al vehículo para conducirla a la Comisaria de Casa Grande, donde fue desnudada forzosamente, golpeada y fue víctima de tortura y violación sexual por parte de los agentes policiales al introducirle en dos oportunidades una vara policial en el ano.	La corte desarrollo estándares específicos para la investigación de la violencia sexual en caso la victima sea una mujer. Siendo basados los estándares principalmente en lo establecido en el Protocolo de Estambul y la Guía de la Organización Mundial de la Salud para el cuidado medico legal de victima sexual, las medidas presentadas presentarse en casos de violencia sexual, independientemente de si las víctimas son hombres o mujeres. Siendo dichos estándares no fueron respetados por el estado peruano a la hora de investigar la violación sexual y tortura.

La CIDH concluyó en los casos antes detallados que la violación sexual no puede ser considerado o normalizado como un instrumento para recabar información sobre los grupos armados vigentes en el gobierno del expresidente Alberto Fujimori ni en otro; asimismo, refirió que dicho acto constituye una discriminación hacia la mujer y que debe ser una arista combatida desde todas las instancias de un país. Además, recalcó que la violencia sexual no solo se consuma en las mujeres sino también en los varones y LGBTI por ende la importancia de que los estados establezcan mecanismos y lineamientos para la protección de la libertad sexual de cada ciudadano es un objetivo primordial.

4. Los delitos contra la libertad sexual en la normativa nacional y su incidencia con el fin de las penas

Sobre ello, en el capítulo cuarto, del título cuarto del libro segundo del Código Penal se desarrolla todos los tipos penales contra la libertad sexual de los cuales se advierte que las penas oscilan desde los catorce años hasta la cadena perpetua, conforme es de verse del siguiente cuadro:

ARTÍCULO	TIPO PENAL	PENA
Artículo 170	Violación sexual	14<20
Artículo 171	Violación de persona en estado de inconsciencia o en la posibilidad de resistir	20<26
Artículo 172	Violación de personas en incapacidad de dar su libre consentimiento	20<26
Artículo 173	Violación sexual de menor de edad	Cadena perpetua
Artículo 173-A	Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave	Cadena perpetua
Artículo 174	Violación de persona bajo autoridad o vigilancia	20<26
Artículo 175	Violación sexual mediante engaño	6<9

Si bien iniciamos señalando que durante los años el fin de la pena ha ido variando, lo modular es que todo fin gira en torno a que el hecho efectuado sea sancionado por el Estado y que dicha sanción genere prevención en la concurrencia de conductas prohibidas; sin embargo, es evidente que en nuestro país pese al quantum de las penas por delitos contra la libertad sexual, este tipo penal es el segundo delito con mayor condenas, lo cual

nos permite concluir que la pena hoy en día no tiene un fin en particular; ya que, los ciudadanos realizan conductas ilícitas sin tener en cuenta los valores de punibilidad sino por el contrario agravan su accionar en base a la pena a imponerse.

Por otro lado, nos encontramos ante una situación donde el Estado solo ve como una solución de los conflictos sociales el uso de la pena como un control aparente; empero, ello solo ha generado que el populismo sea la norma y la creación de políticas públicas que coadyuven a un mejor estudio y prevención de delitos, la excepción.

5. Conclusión

Lo que propone el presente artículo es que desde la conclusión arribada; esto es que, el fin de la pena en los delitos sexuales es utópica, el estado peruano a través del Poder Legislativo debe de buscar nuevas formas de resolución de conflictos como es la justicia restaurativa donde se centran en reparar el daño causado a las personas más que en castigar a los delincuentes; puesto que, cuando una denuncia es interpuesta en una comisaria el centro de la investigación es el imputado y se desplaza a la víctima, la cual debe de esperar a que se le imponga una pena al sujeto que menoscabó su libertad sexual y al pago de la reparación civil, monto que en muchas situaciones no sobrepasa a los cinco mil soles.

Asimismo, en los casos donde la violación sexual ha tenido como agraviado a menores de edad el impacto del acto sexual no es restablecido con un tratamiento psicológico o psiquiátrico; ya que para que una víctima por violencia sexual realice una terapia a fin de modular el trauma causado tiene que esperar más de un mes para que se le programe una cita en un hospital de estado; y, si desea seguir el tratamiento con un profesional privado el costo de las consultas no son accesibles económicamente.

Con todo lo expuesto, es menester señalar que si bien es cierto que el estudio del papel de la pena es amplio; también lo es que cuestionarla nos permite pensar en mayores interrogantes para dar solución a dificultades que se presentan en nuestra sociedad.

6. Bibliografía

CIDH. (27 de Noviembre de 2013). *Caso J. Vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?ficha=185.pdf

CIDH. (20 de Noviembre de 2014). *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de https://corteidh.

scjn.gob.mx/buscador/doc?ficha=205.pdf

CIDH. (12 de Marzo de 2020). *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?ficha=320.pdf

Ignacio Bedugo Gómez de la Torre, A. I. (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*. España: Iustel.

INEI. (2018). Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1534/cap13.pdf

INEI. (Julio de 2022). *Perú: 50 años de cambios, desafíos y oportunidades poblacionales*. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1852/libro.pdf

INPE. (2022). *Panel estadistico de la población penitenciaria*. Obtenido de https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTE4MThmYTUtODEwZi00NTBmLWEyNTktNzFlNzc2ZGY2NzQ0IiwidCI6IjdlYzgyZDIwLTE0NmItNDZjNS04MDg2LTYyYjY1NjBhMTI0MiJ9&pageName=ReportSection38a5a6e96e0ed1e30e01

INPE. (julio de 2022). *Sistema de información de estadisticas penitenciarias*. Obtenido de https://siep.inpe.gob.pe/form/reporte

INPE. (s.f.). *Mapeo de lugar de procedencia de la población penitenciaria* . Obtenido de https://www.arcgis.com/apps/webappviewer/index.html?id=7d91f6225e4f48dc9fa725ec1ce0c44f&extent=-8587368.3171%2C-1352505.2345%2C-8566386.3528%2C-1337103.1733%2C102100

MarketReport. (Marzo de 2022). *Perú: Población 2022*. Obtenido de https://cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/23/poblacion%202022.pdf

Público, M. (28 de Setiembre de 2022). *Observatorio Nacional de la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar*. Obtenido de https://observatorioviolencia.pe/mpfn/

Puig, S. M. (2016). *Derecho Penal* . Montevideo : IBdeF.

Terreros, F. V. (2017). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley.

III. DERECHO PROCESAL PENAL

Nuevos desafíos de la Policía Nacional y el Ministerio Público para la consolidación de la reforma procesal penal*

Dalmiro Huachaca Sánchez**
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La titularidad de la acción penal en el proceso penal peruano / 3. Facultades de la Policia Nacional del Perú / 4. Nuevos desafíos de la PNP y Ministerio Público. / 5. Conclusiones.

1. Introducción

En los últimos años, se han promovido algunos proyectos de ley que han pretendido realizar modificaciones al Código Procesal Penal con la finalidad de otorgarle "exclusividad de la investigación a la Policia Nacional" y reducir la capacidad investigativa y otras facultades del Ministerio Público. Algunos que podemos mencionar son; Proyecto de Ley 5026-2021-CR, 6158-2020-CR y el 1775-2021-CR.

La idea central de las propuestas legislativas mencionadas es otorgarle efectividad a la investigación del delito, debido a que consideran que en los últimos años el incremento a la delincuencia obedece a la vigencia de una norma procesal penal[1] altamente garantista y que además se ha perdido eficacia en la persecución debido a que esta se encuentra a cargo de Ministerio Público.

Consideramos oportuno, analizar el inciso 4 del artículo 159 en forma con-

1 Existen diversos factores que justifican el incremento de la delincuencia, sin embargo, no existe algún factor directamente vinculado con una norma procesal Penal.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogado con maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Egresado con distinción máxima del Diplomado latinoamericano sobre Reforma Procesal Penal por la Universidad Diego Portales y el Centro de Estudio de Justicia de las Américas, ambas instituciones en Santiago de Chile. En 2020 fue incluido como colaborador de la Alianza Interamericana de Abogacía Oral de San Diego. En 2016 fue reconocido por la Ministra de Justicia y Derechos Humanos como uno de los mejores defensores públicos del país. Socio Principal de Huachaca, Parra, Samaniego & Asociados.

junta a lo dispuesto por el artículo 166 de la Constitución Política que nos permitirá comprender el rol que ejerce el Ministerio Publico y la Policía Nacional en la investigación del delito, consideramos que este análisis debe darse dentro del contexto de un proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales de la persona. En ese sentido, la exposición de motivos del Código Procesal Penal (Decreto legislativo Nº 957) señala que: "*Son varias las razones que justifican que nuestro país cuente con un nuevo Código Procesal Penal. Desde un punto de vista del derecho comparado casi todos los países de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos; es el caso de Argentina, Paraguay, Chile, Bolivia, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Honduras, El Salvador y Ecuador. Esta tendencia en la legislación comparada tiene su razón de ser en la necesidad de que los países de este lado del continente adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En el orden interno la opción asumida por la Constitución de 1993 al otorgarle la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público obliga adecuar el proceso penal a dicha exigencia constitucional (…)*".

El artículo 55 de la Constitución Política establece que: "*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*". Esto significa que el Estado debe responder a las obligaciones contraídas en la celebración de los diversos tratados que celebre. Cafferata Nores[2] sobre la incorporación de la normativa supranacional a la Constitución, señala que esta influye fuertemente sobre las obligaciones del Estado y los límites a su poder penal preexistentes, a la vez que precisa mejor los alcances de los derechos y sus salvaguardas que reconoce a la víctima del delito y al sujeto penalmente perseguido. En otras palabras, o en términos sencillos las <<cosas>> no podrán ser más como eran".

En este nuevo escenario, el proceso penal peruano requería adecuarse tanto a los parámetros establecidos en la Constitución Política, como a los determinados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Rodríguez Hurtado[3] señala que: "*Si la Constitución es entendida como la suprema manifestación normativa del consenso y acuerdo fundacional y político de los ciudadanos asociados, entonces deviene ineludible reconocer que todas las normas ordinarias que regulan las actividades de aquellos, incluida el área de resolución de conflictos jurídico-penales, deben exhibir compatibilidad constitu-*

2 Cafferata Nores. Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Segunda edición actualizada por Santiago Martínez. Editores del Puerto. p. 6. En línea <www.minjus.gob.pe>.

3 Rodríguez Hurtado, Mario. La Constitucionalización del Proceso Penal: Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCPP). Foro Jurídico 6. p.79.

cional, bajo pena de ser expulsadas del ordenamiento jurídico a través del control concentrado del Tribunal Constitucional o difuso judicial (artículos 51, 138. 2do párrafo, 200.4, 201, 202.1 y 204)". Asimismo, la Constitución Política, en el artículo 44 establece como un deber primordial del Estado el de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; y ello implica reconocer un nuevo *status* a la víctima del delito y al imputado, quienes están premunidos de derechos y garantías. El proceso penal actual recoge garantías constitucionales y garantías mínimas establecidas en los tratados internacionales. Cafferata Nores y otros señalan que: "*las garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento ni a una pena arbitraria <<acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho>> en lo fáctico o en lo jurídico, tanto porque el Estado no probó fehacientemente su participación en un hecho definido (antes de su acaecimiento) por la ley como delito, como también porque no se respetaron los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal destinada a comprobarla y a aplicar la sanción*"[4]. En este nuevo contexto, al ciudadano que sufre persecución penal se le reconoce nuevo status en el proceso penal como sujeto y no como objeto del proceso, por lo que el Estado le garantiza un listado de derechos y garantías mínimas para que pueda defenderse efectivamente de la persecución penal. En tal sentido, el Ministerio Publico o Policía Nacional del Perú, están obligados a respetar en la persecución del delito estos parámetros o garantías mínimas que serán controladas estrictamente por el juez de investigación preparatoria. La consecuencia jurídica inmediata en caso no se respeten los parámetros establecidos en los instrumentos de derechos humanos, la constitución y la norma procesal, es su invalidez. Estas son algunas razones por la cual resulta indispensable que toda actividad que realiza la Policía Nacional debe ser comunicado inmediatamente al titular de la acción penal para dotarla de legalidad y encaminar las actuaciones dentro de los parámetros del debido proceso.

El Código Procesal Penal y el Código Procesal Constitucional, establecen mecanismos procesales para proteger los derechos y garantías constitucionales del imputado desde el inicio de las investigaciones. En tal virtud, la Constitución Política le asegura al imputado la garantía de la defensa (139.14 de la Constitución Política del Estado), y le reconoce mecanismos de protección constitucional (art. 33. 14 nuevo Código Procesal Constitucional[5]), así como el Estado le otorga mecanismos de protección procesal penal (arts. Art. IX T.p. 71, 150 del CPP).

4 Cafferata Nores, José. Montero Jorge – Vélez Víctor M – Ferrer Carlos F – Novillo Corvalán Marcelo – Balcarce Fabian – Hairabedian Maximiliano- Frascaroli María Susana -Arocena, Gustavo. A. Manual de Derecho Procesal Penal. p. 116..
5 Ley Nº 31307.

La apuesta de un modelo por otro, se justifica en la necesidad de reemplazar uno "escrito, secreto, lento y, sobre todo incierto en sus resultados"[6], por otro que consideramos que es el que mejor se ajusta a un estado constitucional de derecho, además, responde a la necesidad de adecuar nuestra legislación procesal penal a la Constitución y los estándares mínimos de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos[7]. En ese sentido, podemos afirmar que el nuevo proceso penal, ofrece un nuevo escenario de persecución de delito, distante al modelo inquisitivo, ya que responde a un fenómeno de la constitucionalización del proceso penal, consecuentemente todas las instituciones del sistema de justicia penal deben conocer las reglas del modelo procesal penal vigente y asimilar estas con la finalidad de fortalecer la investigación criminal. Rodríguez Hurtado[8] señala que: "*El mecanismo procesal adopta una orientación, principios, modelo y vigas maestras estructurales, desde una perspectiva constitucional, es más, recoge estos de la correspondiente carta magna y de derechos. Por eso es que el proceso penal de un estado democrático no puede menos que adherirse a esa opción, contemporáneamente robustecida por la globalización de los derechos humanos y la vigencia de los Tratados Internacionales sobre la materia*". Asimismo, señala que: "*(…) es vital y trascendente destacar cada una de las garantías procesales penales o escudos protectores del justiciable que repudian la arbitrariedad y evitan que el drama procesal pierda su perfil democrático*"[9].

Para adecuar las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía Nacional al nuevo contexto, resulta necesario identificar cuál es el modelo procesal adoptado y sobre todo conocer sus reglas. El desconocimiento de las reglas del nuevo modelo procesal penal por alguna de las instituciones que integran el sistema de justicia penal puede ocasionar graves consecuencias en la efectividad de la persecución penal. La exposición de motivos del Código Procesal Penal, respecto al modelo procesal penal adoptado, señala que: "En ese orden de ideas la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.

6 Arauz Ulloa. Manuel. El Nuevo Código Procesal Penal: Del proceso inquisitivo al Proceso Acusatorio. Revista de Derecho. Disponible en: (consultado; 02- de enero de 2020). http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4250/nic-proceso-inqui.pdf?sequence=1&isAllowed=y

7 Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

8 Rodríguez, Hurtado. Mario. p. Ob. Cit. p.73.

9 Ibidem..

Es de destacar como una nota trascendental la implantación de la oralidad en la medida que permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad, permitiendo de esa forma un mayor acercamiento y control de la sociedad hacia los encargados de impartir justicia en su nombre". Sobre el particular, Julio Maier, señala que: "la característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de poder que se ejercen en el proceso, por un lado, el acusador, que persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado, quien puede resistir la imputación ejerciendo el derecho de defenderse y, finalmente, el Tribunal que tiene en sus manos el poder de decidir"[10]. Por su parte, Ferrajoli[11], señala que: "precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contiende entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción".

El legislador claramente distingue el rol de investigación y el de juzgamiento, el primero le encarga al Ministerio Publico y el segundo a los jueces de juzgamiento. El nuevo Código Procesal Penal ha conferido la titularidad del ejercicio público de la acción penal, así como el deber de la carga de la prueba al Ministerio Público. En tal sentido, se prescribe que será tal entidad la que asuma la conducción de la investigación desde su inicio[12]. Asimismo, debemos considerar como un principio importante a tomar en consideración para el análisis sobre la facultad de la investigación del delito al principio acusatorio. Este principio se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 356 del Código Procesal Penal, el mismo establece que: "El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú". Este principio es fundamental ya que determina como una cuestión importante para el desarrollo del juicio la acusación y esta solo puede realizarlo el ente persecutor, más no un órgano auxiliar.

Sobre el principio acusatorio, Cubas Villanueva[13] señala que: "Consiste en la potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con fundamentos razonados y

10 Maier, Julio. Derecho procesal penal argentino. 1989. p. 207.
11 Ferrajoli, Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". editorial trotta. sexta edición. 2004. p. 564..
12 Neyra Flores, José. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial Idemsa. Lima 2020. p 188.
13 Cubas, Villanueva. Víctor. Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal. Derecho & Sociedad. 25. p.. 157..

basados en las fuentes de prueba válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado. La dimensión práctica del acusatorio se concreta mediante el acto procesal penal que se denomina acusación. Sin acusación previa y valida no hay juicio oral", consecuentemente es el Ministerio Público quien tiene a cargo la investigación y su sustentación.

Por su parte, Ore Guardia[14] señala que el principio acusatorio "representa actualmente el principio configurador de mayor alcance e importancia para un proceso penal diseñado dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho". Asimismo, considera que este principio: "prohíbe el ejercicio del poder de decidir a quién tiene el poder de acusar. Así, se establece un sistema de frenos y contrapesos en el ejercicio de las funciones que se asignan a dos sujetos distintos: por un lado, la investigación y acusación, ejercida por el Ministerio Publico o querellante; y, por otro lado, la decisión o juzgamiento desempeñado por el órgano jurisdiccional. Es el principio acusatorio que define que la titularidad de la función acusatoria recae en el Ministerio Publico, que además de la formulación de la acusación, comprende también la labor de una investigación previa"[15]. Es en ese sentido que el artículo 61 del Código Procesal Penal le encarga la labor de investigación del delito al Ministerio Público.

Respecto de la referida distribución de roles, reiteramos que el nuevo Código Procesal Penal, ha conferido la titularidad del ejercicio público de la acción penal en los delitos, así como el deber de la carga de la prueba, al Ministerio Público siguiendo las facultades constitucionales. En tal sentido, se prescribe que será tal entidad la que asuma la conducción de la investigación del delito desde su inicio. Es por ello que consideran al principio acusatorio como una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso (Mega garantía), que determina el objeto del proceso, determina bajo que distribución de roles y bajo qué condiciones se realiza el enjuiciamiento.

2. La titularidad de la acción penal en el proceso penal peruano

El inciso 4 del artículo 159 de la Constitución Política, faculta al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito y para cumplir con dicho fin, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. Lo expuesto es congruente con la separación de funciones de investigación y juzgamiento como característica del modelo acusatorio, por lo que la investigación en este modelo estará siempre a cargo del Ministerio Publico.

14 Ore Guardia. Arsenio. Principios del Proceso penal. Editorial Reforma. 2011. p. 36..
15 Ob. Cit. p. 37, 38.

César Landa Arroyo[16], señala que: "la Constitución es clara y el nuevo CPP ha asignado al Ministerio Público el rol de conductor de la investigación preparatoria, para la cual puede solicitar el apoyo de la Policía Nacional. Esta precisión es sumamente importante porque permite delimitar claramente cuál es el papel de la Policía Nacional frente al Ministerio Publico, lo cual puede contribuir positivamente a desterrar la inconstitucional práctica de los atestados policiales de tipificar el delito, pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de una persona". Asimismo, Burgos Mariños[17], sostiene que: "la investigación del delito es un presupuesto ineludible del juicio penal, pues ella contribuye, mediante los actos de investigación, a reunir los elementos probatorios que puedan fundar y cimentar la acusación fiscal, y con ello dar lugar al juicio penal. Dicha investigación es un momento procesal único, que por mandato del artículo 159 de la Constitución Política, le corresponde al Ministerio Público". Por su parte, Enrique Chirinos Soto[18], respecto al inciso 4 del artículo 159 de la Constitución, señala que esta "*(…) registra un cambio sustancial con respecto a la Constitución anterior. Este cambio obedece a la nueva tendencia que se ha impuesto en el procedimiento penal, la misma que se ha concretado en la promulgación del Código Procesal Penal (…)*" , asimismo, considera que: *" (…) De la participación en la investigación del delito, que establecía el texto constitucional anterior, hemos pasado a la conducción del proceso investigatorio (…)*", igualmente, indica que: "*A partir de ahora, el fiscal ya no es un mero denunciante: el fiscal decide la apertura de proceso y conduce personalmente la investigación. El fiscal recibe la declaración del imputado; el fiscal examina a los testigos; el fiscal preside las diligencias periciales y los debates contradictorios, el fiscal realiza las inspecciones al escenario del delito. Así como en el sistema procesal el juez instructor era el personaje poderoso y multifacético, ese papel se ha desplazado en buena medida hacia el fiscal*".

Asimismo, Salinas Siccha[19] señala que: "por mandato de la ley fundamental conducir no es otra cosa que dirigir, ser el titular, amo y señor de toda la investigación del delito desde que se inicia, ya sea en sede fiscal o policial. O como afirma Claus Roxin, significa tener el señorío del procedimiento investigatorio". En esa línea, Cubas Villanueva[20], sobre el inciso 4 del artículo 159 de la carta magna, sostiene que: "en cuanto a persecución del delito, hay una modificación esencial: se ratifica la función persecutoria del delito

16 Landa Arroyo, César. Académica de la Magistratura. Revista Institucional. N° 7. Bases constitucionales del Nuevo Código Procesal Penal. p.148..

17 Burgos, Mariños. Victor. El proceso penal peruano: Una investigación sobre su constitucionalidad. Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N°03, Lima 2002, p. 91 y ss

18 Chirinos Soto, E y Chirinos Soto F. (2007) La Constitución, Lectura y comentarios. Rodhas. p. 432

19 Salinas Siccha, Ramiro. (2007). Conducción de la Investigación y relación del fiscal con la Policia en el nuevo Código Procesal Penal. Jus Doctrina N° 3. Grijley. p. 2. En línea < www.mpfn.gob.pe>

20 Cubas Villanueva, Victor. La Constitución Política Comentada. Gaceta Jurídica Tomo II. Perú. p. 765.

y el rol del fiscal en la investigación, constituyendo un salto cualitativo. En efecto, en el inciso 4 del artículo 159 se dispone que le corresponde al fiscal conducir desde su inicio la investigación del delito; en consecuencia, asume la titularidad de la investigación, tarea que debe realizar con plenitud de iniciativa y autonomía, desde su inicio hasta su culminación, decidiendo si formula o no acusación. Así, el fiscal investigador tenía que sustituir al juez instructor. El juez debía alejarse definitivamente de las tareas de investigación y reasumir su función exclusiva: dirigir la etapa procesal del juzgamiento, juzgar, decidir y ser garante de los derechos fundamentales, tareas exclusivas y excluyentes". Asimismo, indicó que: "como consecuencia de esta normativa constitucional, las funciones y atribuciones del Ministerio Público en general y del Fiscal Provincial en lo Penal en particular, han evolucionado desde una intervención puramente pasiva, limitada a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales, previstas en el Código de Procedimientos Penales de 1940; pasando por la de supervigilar la investigación del delito desde la etapa policial, que le asignó la Constitución de 1979, hasta la de conducir la investigación del delito con plenitud de iniciativa y autonomía, que le impone la Constitución vigente y el Código Procesal Penal convirtiendo así al Fiscal en investigador, poniendo fin a la polémica acerca de la legalidad del nuevo modelo procesal penal"[21].

Chirinos Soto desde el ámbito constitucional, también señala que: "Dado el papel dinámico, activo y hasta protagónico que la Constitución atribuye al Ministerio Público en la investigación de los delitos, es lógico que disponga el sometimiento de las fuerzas policiales a las órdenes que emitan los fiscales en el ejercicio de sus funciones (…)[22]".

Lo expuesto por el constitucionalista Chirinos Soto, respecto al sometimiento de la Policía Nacional a los mandatos del Ministerio Público en la investigación del delito por mandato constitucional, es una de las razones que en la práctica enfrentó al Ministerio Público y la Policía Nacional. A pesar de los años de vigencia del nuevo Código Procesal Penal, aún existe en algunos distritos judiciales una negativa de la institución policial de sujetarse a lo dispuesto en dicho mandato.

Debemos señalar también, que existen razones técnicas que justifican la intervención personal del Ministerio Público en la investigación del delito. Todas las actuaciones que realice el Ministerio Público, así como la Policia Nacional están sujetas al control que realiza el juez de investigación preparatoria. Los jueces de garantía o de investigación preparatoria son los encargados de "velar por las garantías de las personas durante la etapa

21 Ibid. p. 766
22 Ob. Cit. p. 433.

de investigación que lleva adelante el Ministerio Público. Les corresponde autorizar, previamente, todas las actuaciones del fiscal que afecten los derechos del imputado y de terceros, decretar o dejar sin efecto las medidas cautelares personales o reales y, en general, velar porque las personas puedan ejercer sus derechos durante la etapa de investigación (…)"[23]. El Código Procesal Penal y el Código Procesal Constitucional reconocen mecanismos de protección procesal y constitucional para invalidar las actuaciones que no se ajustan al debido proceso. Estas son razones suficientes para cambiar el enfoque de la investigación de delito para dotarla de eficacia.

Si bien la Constitución Política define claramente el rol del Ministerio Público y de la Policía Nacional dentro del ámbito de la investigación del delito, es importante resaltar que ambas instituciones deben sumar esfuerzos para trabajar en equipo. Estas instituciones deben interiorizar que el nuevo modelo procesal penal exige trabajar en un contexto absolutamente diferente al instaurado con el Código de Procedimientos Penales de 1940. Existe un cambio profundo en el estatus del ciudadano que sufre persecución penal, quien esta robustecido de derechos y garantías para que pueda defenderse eficazmente. En esa línea, la investigación del delito requiere de la relación binomio policía-fiscal. Ambas instituciones deben sumar esfuerzos para poder trabajar conjuntamente bajo las reglas de un modelo altamente exigente.

La titularidad del Ministerio Público, se justifica en la necesidad de dotar de legalidad y el respeto al contenido esencial del debido proceso en las actuaciones en la investigación de delito, ya que estas serán controladas por el juez de investigación preparatoria que cumplen un rol importante en el respeto de los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, la persecución del delito se tiene que realizar en un nuevo contexto donde el ciudadano que sufre persecución del delito ya no es objeto del proceso, sino sujeto del proceso. A pesar de los controles que realiza el Ministerio Público respecto a la actuación de la Policía Nacional, en aras de salvaguardar el respeto a los derechos fundamentales en las diligencias preliminares, se han identificado excesos que han sido evidenciados por la Defensoría del Pueblo. El 2018, esta institución, realizó una supervisión a los departamentos de investigación criminal tomando en consideración "las afectaciones y vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas con relación al derecho de acceso a la justicia y los derechos fundamentales durante la intervención y detención policial, así como en los actos de investigación que realiza la policía en la etapa preliminar"[24]. Las conclusiones

23 Véase. Pautas de Observación. Juzgados de Garantía. Version online <www.biblioteca.cejamericas.org>

24 Defensoría del pueblo. Por una Atención Policial de Calidad con Respeto de los Derecho Fundamentales. Supervisión Nacional a los Departamentos de Investigación Criminal de la Policía 2018. Serie

arribadas en el informe son preocupantes y de urgente atención. El Estado debe prestar especial atención a las observaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo.

3. Facultades de la Policia Nacional del Perú

El artículo 166 de la Constitución Política establece que: "La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras". Lo expuesto por el mandato constitucional debe interpretarse en conexidad con lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 159 de la Constitución Política para verificar su congruencia. La Constitución Política no establece que la Policía Nacional es titular de la acción penal y debe hacerse cargo de forma exclusiva de la investigación "del delito", tampoco establece que es director de la investigación del delito, y el encargado de acusar y sustentar está en el juicio oral.

Haciendo una comparación entre el inciso 4 del artículo 159 y el artículo 166 de la Constitución Política, se puede observar contenidos que se asemejan en cuanto a la investigación. El primero, establece que corresponde al Ministerio Público: "Conducir desde su inicio la investigación del delito (…)". En cambio, el artículo 166 -parte pertinente- establece que la Policía "Previene, investiga y combate la delincuencia". La investigación del delito y la lucha de la delincuencia se tiene que realizar dentro del respeto de las garantías mínimas que establecen instrumentos internacionales de derechos humanos y las garantías y derechos que reconoce la constitución, así como la norma procesal penal. La actuación de la policía en la investigación está sujeta al control del titular de la acción penal, la constitución no reduce esta conducción a un ámbito jurídico, sino por el contrario la propia constitución en el inciso 5 del artículo 159, lo refuerza facultándole ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

La Policía Nacional a fin de poder ejercer la facultad constitucional que le otorga el artículo 166 de la Constitución, cuenta con una serie de prerrogativas que deben sujetarse-conforme hemos señalado ampliamente- al respeto de los derechos fundamentales de las personas, más aún cuando el imputado ya no es objeto del proceso. En ese sentido, Soria Lujan[25] señala que: "para cumplir con esta misión constitucional, la Policía Nacional cuenta con un conjunto de facultades señaladas en su ley orgánica (…)". Estos son: "realizar registros de personas e inspecciones de domicilios, instala-

informe de Adjuntía – informe de adjuntía N° 003-2019- DP/ADHPD. p.8.
25 Ibid.

ciones y vehículos, naves, aeronaves y objetos; intervenir, citar y detener a las personas; etc. El ejercicio de estas facultades implica la restricción de algunos derechos de las personas, tales como la libertad individual, libertad de tránsito, inviolabilidad de domicilio, etc. Estos actos de restricción no pueden ser llevados a cabo a discreción de la autoridad policial, sino respetando los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad". Estas son algunas razones que justifican la necesidad que en el ámbito de investigación el Ministerio Público y la Policia Nacional trabajen estrechamente unidos como un solo objetivo y persiguiendo un solo objetivo.

Finalmente, si consideramos el análisis de constitucionalistas – como los citados en el presente trabajo- sobre el contenido del artículo 166 de la Constitución, se podrá observar que la interpretación de las facultades contenidas en la norma constitucional, está relacionada, más con la preservación del orden interno, que con la exclusividad en la investigación del delito.[26] Por el contrario, los constitucionalistas y procesalistas reconocen la titularidad de la acción penal y la conducción amplia de la investigación del delito al Ministerio Público.

4. Nuevos desafíos de la PNP y Ministerio Público

La etapa de implementación del Código Procesal Penal -vigencia normativa- nos ofrece basta información para la toma de decisiones de cara a la consolidación de la reforma procesal penal.

Un común denominador en los nuevos desafíos sigue siendo el reto que la Policia Nacional asimile las nuevas reglas del proceso penal acusatorio y adecue sus actuaciones a las reglas establecidas por un modelo altamente exigente. El necesario que la Policía Nacional este conectado del enfoque estratégico de las actuaciones de la defensa y sobre esa base cambiar la metodología de investigación que emplea, por uno que se ajuste al respeto al debido proceso con la finalidad de evitar su invalidez.

La frase conocida "la policía los atrapa, los fiscales y los jueces lo sueltan" solo tiene cabida en la sociedad que desconoce las reglas constitucionales y procesales, mas no en el ámbito jurídico, ya que estas actuaciones evidencian la poca conexión de la Policia Nacional con el modelo acusatorio, demostrando que es la institución que menos se adecua a las reglas de un modelo que privilegia el respeto de los derechos fundamentales.

Consideramos que, de cara a la consolidación de la reforma procesal penal, ambas instituciones deben asumir nuevos desafíos institucionales para poder responder adecuadamente en la persecución de delito y en la lucha contra el crecimiento de la delincuencia.

26 Véase. Chirinos Soto E y Chirinos Soto F. Ob. Cit. pp. 456 – 464.

5. Conclusiones

La titularidad del Ministerio Público, se justifica en la necesidad de dotar de legalidad y respeto al contenido esencial del debido proceso en la investigación de delito, por lo que resulta trascendental que en la fase de consolidación de la reforma procesal se adecue la metodología de la investigación del delito a una que respete el debido proceso y no la eleve a segundo plano. En ese sentido, la persecución del delito se tiene que realizar en un nuevo contexto donde el ciudadano que sufre persecución penal no es más objeto, sino sujeto del proceso, por lo que la Policía Nacional debe adecuar sus actuaciones a estas nuevas reglas impuestas por el nuevo modelo procesal penal que privilegia el debido proceso, constituyendo como uno de los principales desafíos de esta nueva fase eliminar toda metodología que eleve a segundo plano el debido proceso.

La Constitución Política distingue el rol del Ministerio Público y de la Policía Nacional dentro del ámbito de la investigación del delito con claridad. Estas instituciones deben interiorizar que el nuevo modelo procesal penal exige trabajar en un contexto absolutamente diferente al instaurado con el Código de Procedimientos Penales de 1940. Existe un cambio profundo en el estatus del ciudadano que sufre persecución penal, quien esta robustecido de derechos y garantías para que pueda defenderse eficazmente. En esa línea, la investigación del delito requiere indispensablemente de la relación binomio policía-fiscal. Ambas instituciones deben sumar esfuerzos para poder trabajar conjuntamente bajo las reglas de un modelo altamente exigente.

La admisión excepcional de prueba extemporánea en juicio oral, producto de un estado de indefensión por causal de defensa ineficaz*

Rosmery Melissa Ferre Nerio**
Universidad César Vallejo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Derecho de defensa / 3. Defensa técnica eficaz e ineficaz /4. Derecho a la prueba / 5. Admisión excepcional de prueba extemporánea en juicio oral por causal de defensa ineficaz / 6. Criterios para admitir excepcionalmente nueva prueba en juicio oral, producto de un estado de indefensión por causal de defensa ineficaz / 7. Conclusiones / 8. Referencias.

RESUMEN

La autora analiza si una defensa ineficaz que deviene en indefensión puede justificar –de forma excepcional- la admisión de prueba extemporánea en juicio oral, en reconocimiento de los derechos fundamentales de defensa y prueba. Para ello, desarrolla el contenido esencial de cada uno de estos derechos, así como los alcances de una defensa técnica eficaz e ineficaz, para posteriormente analizar -conforme a los presupuestos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos- cuáles son los criterios que el juzgador debe tomar en cuenta para flexibilizar las reglas de admisión probatoria en juicio oral por defensa ineficaz.

Palabras claves: Derecho de defensa – Derecho a la prueba – Defensa ineficaz – Estado de Indefensión.

ABSTRACT

The author analyzes whether an ineffective defense that results in defenselessness can justify - exceptionally - the admission of extemporaneous

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogada por la Universidad César Vallejo. Maestrante en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de San Marcos.

evidence in oral proceedings, in recognition of the fundamental rights of defense and evidence. To this end, she develops the essential content of each of these rights, as well as the scope of an effective and ineffective technical defense, and then analyzes - in accordance with the assumptions established by the Inter-American Court of Human Rights - the criteria that the judge must take into account to relax the rules of admission of evidence in oral proceedings due to ineffective defense.

Key words: Right of defense - Right to evidence - Ineffective defense - State of defenselessness.

1. Introducción

El modelo procesal penal o proceso común que plantea el Código Procesal Penal Peruano, se encuentra dividido en tres etapas notoriamente delimitadas: la investigación preparatoria -que incluye la etapa preliminar y la etapa de investigación preparatoria propiamente-, que busca recabar los elementos de convicción de cargo y de descargo que permitan determinar si se formula o no acusación; la etapa intermedia, cuyo valor radica en el saneamiento procesal –incluido el saneamiento probatorio-, en tanto se admiten los medios de prueba que serán actuados en la etapa de juicio oral; siendo esta última etapa de juicio en donde se busca llegar a la verdad material de los hechos, condenando o absolviendo a un acusado, sobre la base de aquellos medios de prueba admitidos en etapa intermedia, sumados a los que se hubiesen admitido excepcionalmente en juicio oral.

Sobre este último extremo, la norma procesal penal establece en su artículo 373º, dos únicos motivos para la admisión de nueva prueba en juicio oral; por lo que cuando en juicio oral el acusado –generalmente con nuevo abogado defensor– intenta ofrecer un medio de prueba extemporáneo, bajo el argumento de que este medio probatorio no fue ofrecido en la etapa intermedia por causa imputable a su defensa técnica anterior (defensa ineficaz), se queda sin amparo normativo, en razón de que el Código Procesal Penal admite únicamente dos causales: (i) aquellos medios de prueba de los que se ha tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de acusación; y, (ii) aquellos que habiendo sido ofrecidos en audiencia de control, fueron rechazados, requiriendo para ello una especial argumentación de la parte que lo solicita.

A manera de ejemplo, piénsese en un caso por el delito de robo agravado, donde la denunciante en la diligencia de reconocimiento en rueda de personas no logra reconocer al acusado como autor del ilícito. Este medio de prueba, por sentido común y mínima diligencia debió ser ofrecido en etapa intermedia; sin embargo, la defensa técnica, negligentemente no lo reali-

zó. Entonces, cuando el acusado intenta ofrecerlo en juicio oral, se queda sin sustento legal por cuanto es un medio de prueba que no cumple con ninguna de las dos causales que contempla del artículo 373° de la norma procesal penal, para ser ingresado al proceso.

Es frente a este contexto, que surge la problemática de si una defensa ineficaz puede justificar la admisión de forma excepcional de nuevo medio de prueba extemporáneo, a fin de flexibilizar las reglas de admisión probatoria en juicio oral, en aras del resguardo constitucional a los derechos fundamentales de defensa y prueba.

Finalmente, es necesario resaltar el término "excepcional" de la admisión probatoria, en tanto no puede interpretarse de forma deliberada o como una puerta de acceso abierto para todo aquel litigante y/o acusado que intente alegar defensa ineficaz para ingresar una prueba extemporánea a juicio oral, que por negligencia no ofreció en la etapa correspondiente; es preciso para ello, establecer criterios que determinen cuándo se está ante un estado de indefensión por causa de una defensa ineficaz, para poder entonces recién, delimitar el mecanismo procesal válido para inaplicar el artículo 373° del Código Procesal Penal, y admitir este nuevo medio probatorio en juicio oral.

2. Derecho de defensa

De todo el catálogo de derechos y garantías del debido proceso, el ejercicio pleno del derecho de defensa constituye, sin duda, un presupuesto fundamental e imprescriptible del mismo, por cuanto se erige como un derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 139º numeral 14 de la Constitución Política Peruana, inherente a todo ciudadano que se encuentre inmerso en cualquier tipo de proceso y, con mayor razón, por los derechos que pueden privarse –derecho a la libertad–, en el proceso penal.

Su observancia, viene impuesta por los tratados internacionales sobre derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[1] o la Convención Americana de Derechos Humanos.[2]

En palabras de San Martín (2015), el derecho de defensa faculta al imputado a intervenir en el proceso que se le sigue en su contra, para que después de conocer los hechos cuya comisión se le atribuye, se le permita aceptar tal imputación o negarla, recurriendo a todos los mecanismos que sean

1 En su artículo 14.3 regula que "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, (…) d) (…) a ser asistida por un defensor de su elección (…)".
2 En su art. 8.2.d), prescribe el "derecho del inculpado (…) de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor".

necesarios para excluir o atenuar la sanción que se cierne sobre él, a causa de dicha imputación.

Ahora bien, el derecho de defensa no se satisface con la mera designación de un letrado, implica mucho más que su sola designación. Este derecho comprende –además- la posibilidad de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer una defensa eficiente; no se trata sólo de la posibilidad de ejercer una autodefensa o contar con una defensa técnica que permita conocer la imputación, se trata de que la defensa realice un seguimiento y asesoría legal eficiente; que promueva los actos de investigación necesarios y ofrezca los medios de prueba de descargo necesarios para acreditar su hipótesis alternativa o desvirtuar la del Ministerio Público; que realice una defensa argumentativa en favor de los intereses de su patrocinado; o que a través de los medios legalmente permitidos plantee todos los mecanismos que abonen, sustenten o respalden su teoría del caso. En buena cuenta, el derecho de defensa se satisface con el ejercicio de una defensa técnica eficaz.

3. Defensa técnica eficaz e ineficaz

En principio, el derecho de defensa posee dos vertientes, una material[3] y otra técnica[4]. Sobre esta última vertiente (formal o técnica), se puede hablar entonces de la eficacia o no de la defensa técnica.

La defensa eficaz es un requisito mínimo del derecho de defensa que exige que el abogado defensor realice una defensa activa y diligente. No basta con una defensa formal o aparente; se requiere de un abogado con conocimientos técnicos jurídicos suficientes que le permitan desplegar una defensa efectiva, ello, por cuanto el fundamento esencial de la asistencia técnica a las partes en cualquier clase de procesos, se encuentra, sin duda, en la circunstancia de que el ejercicio de las facultades que confiere la garantía de la defensa, precisa de unos conocimientos jurídicos que el ciudadano generalmente no los tiene.

En concreto, una defensa eficaz se le tiene que garantizar al acusado durante todas las etapas del proceso. En la etapa intermedia en particular, la eficacia se determina con los términos de absolución del traslado de la acusación, y con los medios de prueba que se oferten para el esclarecimiento de los hechos.

3 Implica la autodefensa que realiza el imputado, que le permite intervenir personal y directamente en el proceso a efectos de preservar su libertad, disminuir o evitar su condena.

4 se encomienda a un profesional (abogado defensor), y que tiene por finalidad garantizar una actuación procesal conveniente para el imputado, así como hacer efectivos los principios de igualdad de armas y contradicción.

Lo contrario –negligencia, formalidad, desconocimiento, inactividad procesal–, implicaría una defensa ineficaz, que eventualmente podría devenir en un estado de indefensión que incluso genere la nulidad de diversos actos procesales. En palabras del Tribunal Constitucional, la ineficacia de la defensa técnica produce una lesión al derecho de defensa ya que vulnera derechos fundamentales como el contenido material del debido proceso (Sentencia N.º 00286-2010-HC)[5].

Así también, el Tribunal, en la sentencia N.º 03997-2005-PC/TC señala acertadamente que una defensa ineficaz no sólo se producirá cuando el justiciable o su defensa técnica no han tenido la oportunidad de formular sus descargos, sino también cuando pese a haber realizado determinadas actuaciones procesales, estas no han sido ejercidas por una defensa real y eficiente.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos humanos (2015) en el caso Ruano Torres y otros vs El Salvador, ha dejado sentado expresamente que: "(…) la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz. En esta línea, resulta esencial la función de resguardo del debido proceso que deben ejercer las autoridades judiciales" (fj. 168).

En esa misma sentencia, la CIDH estableció seis presupuestos que deben considerarse para sostener que estamos frente a una defensa ineficaz. Dentro de los seis presupuestos que sentó la CIDH para configurar una defensa ineficaz, incluyó como primero, el no desplegar una mínima actividad probatoria. Ello, en etapa intermedia -que es donde corresponde ofrecer los medios de prueba-, se evidencia cuando el abogado se limita a ejercer una defensa formal o aparente, sin ofertar medios de prueba de cargo o de descargo, o requerimientos útiles para el caso en concreto, ya sea contra la imputación o para acreditar los argumentos expuestos por su patrocinado. Se produce, entonces, una imposibilidad de armonizar la hipótesis del caso con los elementos de prueba, al no ser actuados idóneamente.

En esa línea de argumentación, se puede afirmar que la defensa ineficaz se agrava cuando en la etapa de juicio oral, el abogado pretende ofrecer nuevos medios probatorios fundamentales que ha omitido presentar en la etapa correspondiente, en tanto queda sin amparo normativo que le permita ingresar estos medios de prueba extemporáneos a juicio.

5 El Tribunal Constitucional, argumentó que la defensa técnica del acusado de autos no realizó ningún alegato de carácter jurídico destinado a proteger los intereses de su patrocinado, considerando los magistrados que se empleó un discurso confuso, por cuanto no se hizo conocer al Juez, los argumentos del caso en concreto, a fin de una valoración de los elementos probatorios, ni mucho menos los aspectos de una teoría del caso, en relación con los hechos que se investigaban. Por tales motivos, el Tribunal consideró que se produjo una lesión al derecho de defensa, al contar el acusado con una defensa ineficaz, que vulneró derechos fundamentales como el contenido material de un debido proceso.

4. Derecho a la prueba

El Derecho a la prueba comporta la posibilidad que tiene todo justiciable de aportar los medios de prueba que considere necesarios a fin de demostrar los hechos que alega y convencer al órgano judicial. Este derecho no se agota con el derecho que posee el justiciable, sino que abarca también al juzgador, quien tiene el deber de seleccionar las pruebas que cumplan con los requisitos de admisibilidad, para que sean actuadas en juicio oral. Además, conocida es también la facultad del juez, de incorporar prueba de oficio.

Picó (2009) define el derecho a la prueba como "aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso" (p. 103). De esta definición se denota el ámbito de aplicación de la prueba en juicio oral, ya que es en esta etapa del proceso donde se desarrolla la actividad probatoria, por lo que -a decir del autor- sólo en esta etapa se puede evidenciar el respeto o restricción del derecho a la prueba, ya que aquí despliega toda su virtualidad; si durante la etapa de investigación preparatoria, no se admite una diligencia de instrucción, no supone la vulneración de este derecho -a menos que sea una prueba anticipada-, sin perjuicio de que esta restricción pueda involucrar la lesión de otro derecho fundamental como el de defensa[6].

Por su parte, Ferrer (2003) afirma que una noción subjetiva del derecho a la prueba, la caracteriza como el convencimiento psicológico del juez sobre los hechos ocurridos, por lo que al afirmar que un hecho está probado, se entiende que el juez ha llegado a la convicción de que ese hecho ha ocurrido.

Como bien señala Ferrer (citando a Taruffo, 1984), la idea del derecho a la prueba gira en torno a que el ciudadano tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en los que basa su pretensión. Para el citado autor, el derecho del ciudadano recae en probar los hechos a los que el derecho atribuye consecuencias jurídicas. Para hacer efectivo el derecho a la prueba y, en consecuencia, el derecho de defensa se requiere de una concepción racionalista de la prueba.

Bajo esa línea, conviene desarrollar los cuatro elementos que definen el derecho a la prueba:

A) ***El derecho a emplear todas las pruebas con las que se cuenta para***

6 Ya que la vigencia de este derecho alcanza todas las etapas del proceso penal.

demostrar la verdad de los hechos en los que se basa la pretensión. Este es un derecho de carácter subjetivo con el que cuenta el ciudadano que es parte de un proceso judicial; teniendo como única restricción, la relevancia de la prueba a proponer.

La protección de este elemento supone la imposición del deber a los jueces de admitir todas las pruebas relevantes que se aporten al proceso. Como bien señala Ferrer (2003), el restringir la posibilidad de aportar una prueba relevante al proceso -no por parte del órgano judicial, sino por parte del poder legislativo- supone una vulneración del derecho a la prueba. Toda limitación a la posibilidad de aportar pruebas que no esté justificada en resguardar otros derechos fundamentales, resulta inconstitucional.

En la misma línea lo entiende Taruffo (1984), al señalar que toda restricción a los medios de prueba admisibles puede suponer un impedimento absoluto de probar, sobre todo cuando son los únicos que dispone la parte procesal para probar los hechos en los que funda su pretensión.

B) ***El derecho a practicar las pruebas en el proceso, ya que no resulta consecuente que las pruebas sean admitidas si no van a ser guiadas por una efectiva práctica.*** El derecho a la prueba no se puede satisfacer con cualquier practica de la prueba; se necesita que se maximice la participación de las partes en el proceso, a través del principio de contradicción.

C) ***El derecho a una valoración racional de las pruebas actuadas en juicio oral.***

Aunque para un sector de la doctrina, el derecho a la prueba se satisface con los dos elementos antes mencionados, por la discrecionalidad del juzgador en la valoración probatoria, hay juristas como Taruffo (citado en Ferrer, 2003) que consideran que la admisión y actuación probatoria es una garantía ilusoria si no se garantiza una real valoración probatoria por parte del juez del caso.

Este derecho de valoración racional puede tomarse desde dos ópticas. La primera exige que las pruebas admitidas y actuadas sean tomadas en cuenta al momento de que el juzgador tome la decisión final; y, la segunda, exige que la valoración que se realice a las pruebas sea racional.

Lo cierto es que además de tomar en cuenta las pruebas admitidas y actuadas, el juzgador debe valorarlas individual y conjuntamente de acuerdo con las reglas de la racionalidad. Sólo de esta forma -produciendo un resultado probatorio que sirva de base a sus pretensiones- se podrá garantizar a las partes un correcto respecto del derecho a la prueba.

D) ***El derecho a una decisión judicial motivada.*** Esta motivación recae sobre los hechos que el juez declare probados como los que declare no probados.

A decir de Ferrer (2003), este último elemento no ha sido muy controlado por la jurisprudencia, debido a la falta de una teoría normativa que establezca criterios de racionalidad y a la noción subjetiva de prueba y hecho probado, que no diferencia cuando un hecho está probado, de aquél que ha sido declarado probado por un juez.

La falta de criterios de racionalidad genera una libre valoración, maximizando la libre convicción del juez y su discrecionalidad en materia probatoria, lo que podría devenir eventualmente en decisiones arbitrarias, debido a la ausencia de controles legales o jurisprudenciales.

5. Admisión excepcional de prueba extemporánea en juicio oral por causal de defensa ineficaz

De entrada, debe dejarse en claro que si bien el Código Procesal Penal reconoce dentro de la nomenclatura del artículo 373°, la solicitud de nueva prueba, por su naturaleza y fundamento no sería propiamente una prueba nueva, en tanto, se trata de una prueba que estuvo en el proceso con anterioridad o que perfectamente –con un abogado diligente– se pudo tener la posibilidad de conocer de su existencia; por ello, en el presente artículo se opta por la definición de prueba extemporánea, que -normativamente– al igual que el inciso 2 del 373°, debe ser incluido dentro de los alcances del referido artículo.

Ahora bien, los dos únicos motivos establecidos para la admisión de nuevos medios probatorios en juicio oral, si bien son necesarios por una cuestión de orden procesal, donde cada una de las partes cumplen sus roles; hay ocasiones en las que ello va a entrar en colisión con los derechos fundamentales de defensa y prueba, cuando en las etapas previas al juicio, el abogado defensor se limita únicamente a ejercer una defensa formal o aparente, sin ofrecer medios de prueba útiles para el caso en concreto, ya sea contra la imputación o para acreditar los argumentos expuestos por su defensa; es decir, surgen causas externas a la voluntad del acusado, que han determinado la imposibilidad de poder ofrecer un elemento probatorio vital durante el plazo que se tuvo para poder ofrecer el medio de prueba (etapa intermedia).

Este escenario, se agudiza cuando en la audiencia de control de acusación[7], la defensa técnica no cuestiona los medios probatorios para determinar

7 Tomando en cuenta que una acusación fiscal no podría pasar a juicio oral si no ha sido refutada con una defensa eficaz; esta última no está sujeta a la teoría del caso del abogado, sino más bien, a las necesidades del proceso.

su valor y demostrar la falta de consistencia de la acusación, aunado al no ofrecimiento de medios de prueba vitales y pertinentes para el proceso.

Es así que, cuando los sujetos procesales concurren a juicio generalmente con un abogado diferente, y desean ofrecer medios de prueba extemporáneos por defensa ineficaz, éstos no tienen amparo legal, porque en nuestro ordenamiento sólo existe dos posibilidades (373° CPP), sin que ninguna de ellas ampare esta circunstancia, produciéndose una defensa limitada para el acusado.

Por ello, esta barrera legal en ocasiones debe relativizarse, en aras del respeto a los derechos fundamentales de prueba y defensa, en la medida que se advierta la existencia de una defensa ineficaz evidente y notoria en el sujeto procesal, entendida esta no como aquella que no realizó o que buenamente pudo haber efectuado el abogado en etapas previas al juicio, sino como aquello que en realidad debió hacer porque era lo que en el caso concreto se necesitaba para constituir una defensa honesta y responsable; tomando en cuenta además que, el inciso 1 y 2 del artículo 373° del CPP, no encuentra justificación en la necesidad de proteger derechos constitucionales, sino simplemente persiguen una protección de formalidad procesal. Por tanto, al no tener justificación en la necesidad de proteger derechos constitucionales, debe ceder frente a los derechos fundamentales antes mencionados.

6. Criterios para admitir excepcionalmente nueva prueba en juicio oral, producto de un estado de indefensión por causal de defensa ineficaz

Pese a lo manifestado en el apartado anterior, se debe dejar claro que una defensa ineficaz no siempre ocasionará un estado de indefensión, ello no puede interpretarse de forma deliberada; es decir, no se causará indefensión sólo cuando el abogado haya realizado una defensa meramente formal, ya que será indispensable que dicha conducta haya impedido realizar el ejercicio pleno del derecho de defensa. Véase, en el caso en particular de nueva prueba en juicio, el punto de partida para establecer que el abogado ha incurrido en una defensa ineficaz se encuentra en la etapa intermedia, esto es, no sólo se debe analizar formalmente la prueba nueva ofertada en juicio oral, sino conocer qué derechos fueron afectados en la etapa intermedia mediante una defensa ineficaz.

Bajo ese análisis, para determinar un estado de indefensión, se requiere –en esencia- que se haya identificado: **(i)** el resultado lesivo; y, **(ii)** cómo se ha producido el resultado lesivo. En buena cuenta, lo primero que debe identificarse es si realmente ocurrió la privación del derecho de defensa; y, segundo, cómo llegó a ocurrir el mismo.

Desde la óptica de Nakasaki (2013), los criterios para determinar un estado de indefensión en la etapa intermedia –en particular-, son: **(i)** inexistencia de prueba de cargo que exija contraprueba, e **(ii)** insuficiencia de prueba de cargo que exija contraprueba; es decir, ocurre cuando no se ofrece medio de prueba de cargo alguno, o, si se ofrece, éste resulta insuficiente.

Jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia N.º 0582-2006-PA/TC, señala:

> *El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, pero no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo tal hecho se produce cuando el justiciable es impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos. (Fj 3)*

De acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal, no cualquier restricción o imposibilidad de realizar medios de defensa, supone un estado de indefensión; se requiere que el órgano judicial que ve el caso haya tenido una actuación arbitraria e indebida.

Esta situación -a decir del Tribunal- se materializa cuando al justiciable no se le permite argumentar en favor de sus derechos. En tal sentido, se cierra la posibilidad de que cualquier restricción procesal se considere suficiente para generar un estado de indefensión.

Ahora, habiendo establecido cómo debe evaluarse un estado de indefensión, cabría preguntarse inmediatamente ¿qué requisitos se debe cumplir para evidenciar y determinar un estado de indefensión por causal de defensa ineficaz? La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado respuesta a través de su Sentencia en el caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, de fecha 05 de octubre de 2015, fijando seis presupuestos para configurar una defensa ineficaz: a) el no desplegar una mínima actividad probatoria; b) Inactividad argumentativa a favor de los intereses del imputado; c) Carencia de conocimiento técnico jurídico del proceso penal; d) Falta de interposición de recursos en detrimento de los derechos del imputado; e) Indebida fundamentación de los recursos interpuestos; y f) Abandono de la defensa.

Como es de verse, la regla para determinar una defensa ineficaz no puede ser aplicada sobre la base de criterios subjetivos o deliberadamente por un órgano judicial, pues tal proceder podría implicar la lesión de la autonomía

del derecho de defensa y la emisión de decisiones arbitrarias; se requiere, por tanto, de acuerdo al análisis de cada caso en particular, que se evidencie una manifiesta negligencia del abogado defensor, a través de algunos de los supuestos desarrollados por la Corte o algunos otros que resulten razonables y que, seguramente, podrán ser identificados en la práctica fiscal o judicial.

Habiendo realizado esta aclaración, si se determina un total estado de indefensión por defensa ineficaz, y, el código no admita de forma excepcional esta situación como posibilidad de admitir nuevo medio de prueba en juicio oral, surge indiscutiblemente un problema materia de estudio, que ha sido desarrollado limitadamente.

Por ello resulta indispensable que mientras la normativa procesal penal no incorpore un nuevo supuesto excepcional de admisión de prueba nueva, los jueces realicen un adecuado control de este apartado legal, sin basarse en meros formalismos procesales. Es en ese sentido que la Corte Suprema a través de la Casación Nº 10-2007-La Libertad, fue muy enfática[8] al señalar que: "(…) la necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego, una lesión a los derechos de las partes (…)" (fj. 06).

En esa misma línea, en la Casación Nº 864-2016 – Del Santa, se fundamentó que si bien es cierto el ofrecimiento probatorio se encuentra sometido al principio de preclusión procesal, ya que en esencia la oportunidad para ofrecer medios de prueba es la etapa intermedia (dentro de los 10 días ofrecidos con el traslado de la acusación fiscal) y, permitir que se ofrezcan elementos probatorios fuera del plazo, podría causar desigualdad; no es menos cierto que no se puede negar el ofrecimiento basándose en motivos de meros formalismos o que surjan producto de un error material.

Frente a esta situación es donde ingresan derechos fundamentales (de defensa y prueba) como principios que orientan la aplicación de las reglas que regulan presupuestos para admitir medios de prueba. Esta función orientadora permitirá que se puedan admitir medios de prueba de descargo en la etapa de juzgamiento, sin perjuicio de que estos no llegaron a ofrecerse en la etapa intermedia por causas externas a la voluntad del acusado, a fin de garantizar derechos fundamentales.

En suma, si objetivamente se demuestra en juicio oral un estado de indefensión por defensa ineficaz, quedarían dos caminos: (i) Declarar la nulidad del proceso (desde la etapa intermedia) o, (ii) Flexibilizar la regla de admi-

8 Refiriéndose al nuevo medio de prueba ofrecido en juicio oral.

sión de nuevo medio de prueba, como remedio para la nulidad procesal por causal de defensa ineficaz. A criterio personal, el flexibilizar la admisión de prueba nueva en juicio por causal de defensa ineficaz, evitaría que se declare la nulidad de ciertas actuaciones procesales, como la audiencia de control de acusación, a menos de que los defectos sean insubsanables. En esa línea, si el Juzgador llega a evidenciar y determinar un estado de indefensión, y posterior a ello, aceptar la admisión excepcional de nuevo medio de prueba; este debe pasar por un filtro de contradicción (como principio básico de juicio oral), esto es, que la parte que no ofertó la prueba extemporánea tenga la posibilidad de contrarrestar este elemento probatorio que ingresará al proceso.

7. Conclusiones

La protección del derecho a emplear todas las pruebas con las que se cuenta para demostrar la verdad de los hechos en los que se basa la pretensión, supone la imposición del deber a los jueces de admitir todas las pruebas relevantes que se aporten al proceso. El que el Poder Legislativo restringa la oportunidad de aportar una prueba relevante y vital para el proceso, supone una vulneración del derecho a la prueba. Toda limitación a la posibilidad de aportar pruebas que no esté justificada en resguardar otros derechos fundamentales, resulta inconstitucional.

La regla para determinar una defensa ineficaz no puede ser aplicada sobre la base de criterios subjetivos o deliberadamente por un órgano judicial, pues tal proceder podría implicar la lesión de la autonomía del derecho de defensa y la emisión de decisiones arbitrarias; se requiere, por tanto, de acuerdo al análisis de cada caso en particular, que se evidencie una manifiesta negligencia del abogado defensor, a través de algunos de los supuestos desarrollados por la CIDH o algunos otros que resulten razonables y que, seguramente, podrán ser identificados en la práctica fiscal o judicial.

Los dos supuestos establecidos en la norma procesal para la admisión de nuevos medios probatorios en juicio oral, si bien son necesarios por una cuestión de orden procesal, en donde cada una de las partes cumplen sus roles; hay ocasiones en las que ello va a entrar en colisión con los derechos fundamentales de defensa y prueba, cuando en las etapas previas al juicio, el acusado ha contado con una defensa formal o aparente que no ofreció medios de prueba vitales para el caso en concreto; es decir, surgen causas externas a la voluntad del acusado, que han determinado la imposibilidad de poder ofrecer elemento probatorio durante el plazo que se tuvo para poder ofrecer el medio de prueba (etapa intermedia).

Resulta indispensable que mientras la normativa procesal penal no incor-

pore un nuevo supuesto excepcional de admisión de prueba nueva, los jueces realicen un adecuado control de este apartado legal, priorizando los derechos fundamentales de defensa y prueba como principios orientadores de la aplicación de reglas que regulan presupuestos para admitir medios de prueba. Esta función orientadora permitirá que se puedan admitir medios de prueba de descargo en la etapa de juzgamiento, sin perjuicio de que estos no llegaron a ofrecerse en la etapa intermedia por causas externas a la voluntad del acusado, a fin de garantizar derechos fundamentales.

8. Referencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Resumen oficial de la sentencia del 05 de octubre de 2015.* Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador.

Corte Suprema de Justicia de la República (2008). *Casación N.° 10-2007-Trujillo.* Lima: Poder Judicial.

Corte Suprema de Justicia de la República (2017). *Casación N.° 864-2016-Del Santa.* Lima: Poder Judicial.

Ferrer, J. (2003). *El derecho a la prueba y racionalidad de decisiones judiciales.* España: Jueces para la democracia.

Nakasaki, C. (2013). *Problemas de inconstitucionalidad en la interpretación de las reglas de admisión de prueba nueva en el proceso penal.* Lima: Advocatus

Pico, J. (2009). *El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y Sombras.* España: Justicia. Revista de Derecho Procesal (p. 99-156).

San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones.* Lima: Inpeccp, p. 120.

Tribunal Constitucional (2005). *Sentencia N.° 3997-2005-PC/TC:* Caso Eber Gilacio Llamocca Ramos.

Tribunal Constitucional (2006). *Sentencia N.° 0582-2016/PA/TC:* Caso Banco Wiese Sudameris S.A.A.

Tribunal Constitucional (2010). *Sentencia N.° 286-2010-PHC/TC*: Caso Pier Giorgio Rosso Saenz a favor de Nelly Palomino Chacca.

Ilicitud civil y proceso penal: apuntes para la persecución de la reparación civil en delitos de explotación humana*

César Cárdenas Lizarbe**
Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El daño a la víctima como presupuesto para la reparación civil: criterios normativos y jurisprudencia aplicable / 3.Presupuestos para determinar la reparación civil / 4.Planteamientos para las solicitudes de reparación civil en los delitos de explotación humana.

RESUMEN

La reparación civil es un derecho de la víctima afectada por un delito, pues se entiende que la conducta que ha desplegado el autor del hecho ha ocasionado un daño que afecta los derechos de aquélla.

A diferencia del ya derogado Código de Procedimientos Penales, las reglas vigentes del Código Procesal Penal establecen un panorama orientado precisamente a garantizar el derecho a la reparación civil de toda persona, independientemente del resultado del proceso penal.

Para ello, la determinación de la reparación civil está supeditada a la pro-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogado por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga (Ayacucho) y Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica por la Universidad de Alcalá (España). Cuenta con un Postítulo en Derechos Humanos y Juicio Justo por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y un Diploma en Migraciones Internacionales por la Organización Internacional para las Migraciones. Especialista en Derecho Penal, Constitucional, Ejecución Penal y Gestión Pública. Ha sido docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Director General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Adjunto para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, y jefe del Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios de la Defensoría del Pueblo, ejecutivo de monitoreo y evaluación de la Gerencia de Desarrollo de la Gerencia Pública de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), coordinador ejecutivo del Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI), Director General de Niñas, Niños y Adolescentes del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, y asociado del Instituto Debate y Desarrollo (IDD). Correo electrónico: cclcardenas.lizarbe@gmail.com

banza del daño ocasionado por la conducta desplegada, y no por la responsabilidad o culpabilidad del autor del delito.

De esta manera, la participación de la víctima en el proceso penal y la actuación de su defensa técnica, cobran una relevancia que no se limita a coadyuvar en la sanción penal, sino prioritariamente en el resarcimiento de los daños que ha sufrido.

Este escenario de protección para las víctimas de delitos de explotación humana constituye un paso decisivo, consustancial con un Derecho Penal democrático, liberal y reconocedor de los derechos de las personas.

Palabras clave: daño y resarcimiento/reparación civil/responsabilidad civil/explotación humana

1. Introducción

Numerosas sentencias emitidas durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, permiten constatar que los criterios para establecer la reparación civil contaban con una débil argumentación utilizada casi como molde en cuanta decisión se adoptaba, independientemente que en el caso se discutiese la afectación surgida de un homicidio o el hurto de un bien mueble.

Para graficar esta premisa, podemos citar la argumentación desarrollada en un caso emblemático de corrupción de funcionarios[1] que concentraba durante las décadas del 2000 a 2020 la mayor atención de la opinión pública, sobre cómo determinar la reparación civil:

> *"La Reparación Civil.*
>
> *Cuarto.- Que, se debe tener presente lo dispuesto por la Corte Suprema de la República en el Recurso de Nulidad número doscientos dieciséis – dos mil cinco, de fecha catorce de abril del dos mil cinco, que señala que ésta importa el resarcimiento del bien o indemnización por quien produjo el daño delictivo, cuando el hecho afectó los intereses particulares de la víctima, que conforme lo estipulado por el artículo 93° del Código Penal, la reparación civil comprende: a) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y b) la indemnización de los daños y perjuicios".*

Luego, la sentencia cita literalmente los fundamentos 6, 7 y 8 del Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 del 13 de octubre del 2006, después reseña la definición de la reparación civil y los matices que entrañan los términos

1 Sentencia de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima (Exp. N° 34-06), del 24 de agosto de 2011.

restitución e indemnización conforme al ordenamiento vigente, para finalmente concluir con el siguiente fundamento:

> *"Estableciéndose que los artículos noventa y dos y noventa y tres del Código Penal, refiere la reparación civil (sic) se determina conjuntamente con la pena y comprende la restitución del bien, o si no es posible el pago del valor, y la indemnización de los daños y perjuicios, debiendo apreciarse en su determinación lo dispuesto en el artículo mil novecientos ochenta y cinco del Código Civil; de otro lado el artículo 95 del Código Penal, prevé que la responsabilidad civil es solidaria entre los responsables del hecho punible. Por ello al dictarse en el presente caso sentencia anticipada respecto de los procesados [...] y al haber éstos aceptado su responsabilidad penal en los delitos por el cual se le apertura y amplía instrucción, correspondería fijar una reparación civil proporcional a su participación en el evento. En tal sentido, se advierte que no existe razonabilidad en los términos expresados por el Ministerio Público, en cuanto a su pedido de reparación civil, lo que debe contener la restitución e indemnización como se ha señalado".*

Como puede advertirse, la posibilidad de discutir y argumentar qué debía comprender la reparación civil en un caso concreto, si la restitución del bien o el pago de su valor más la indemnización correspondiente, estaba absolutamente librada a la discrecionalidad del juzgador que por momentos pareciera que se asume implícitamente o, como consideramos aquí, con una importancia menor que la que corresponde sustentar para la determinación de la culpabilidad y la pena consecuente.

Esta forma de proceder puede deberse a varios motivos. Entre los que nos corresponde explicar aquí, consideramos los siguientes:

- La perspectiva de cómo abordar los derechos de las víctimas en el proceso penal, constituye en nuestro entender uno de los aspectos centrales, no porque no se conciba o entienda su relevancia sino porque desde la mirada tradicional del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, el objeto central gira en torno al sujeto a quien se le imputa un hecho delictivo y a la determinación de su responsabilidad para sustentar una sanción, entendiéndose que la obtención de este resultado era precisamente lo que espera la víctima del delito para alcanzar justicia y ver restituido el bien jurídico lesionado por la conducta reprochable.

- La especialidad de los operadores jurídicos que intervienen en el proceso penal constituye un segundo elemento de explicación, pues un conocedor especializado en el ámbito sustantivo o adjetivo del Derecho Penal probablemente no tenga las mismas destrezas o interés para involucrarse con las categorías e instituciones jurídicas del daño o la responsabili-

dad civil de las personas, cuyos criterios ampliamente conocidos por un especialista en Derecho Civil resultan extraños en el proceso penal.

- Finalmente, se encuentra un aspecto de orden pragmático sustentado en el hecho de que el artículo 364 inciso 5 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 959, establecía que, si un caso llegaba a conocimiento de la Corte Suprema vía el recurso de revisión y se declaraba en esa instancia la absolución del acusado, se ordenaría *"[…] la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación civil y de multa, así como –de haberse solicitado– la indemnización que corresponda por error judicial"*.

Si la reparación civil dependía del resultado de demostrar la responsabilidad de la persona acusada, ¿para qué adelantarse o preocuparse si recién con la sentencia firme debería empezar a dársele importancia? Porque además existía la posibilidad de devolver la reparación civil en caso que la absolución sea el resultado final de todo el proceso.

Junto con ello, se consideraba que lo que correspondía al contenido de una sentencia absolutoria y condenatoria difería según los puntos abordados en los artículos 284 y 285 del Código de Procedimientos Penales, indicando este último que la resolución de condena es la que debía contener el monto de reparación civil, en tanto que la primera no se refería en modo alguno a este tema. Tal proceder, sumado a la aplicación literal del artículo 92 del Código Penal, en cuanto señala que la reparación civil *se determina conjuntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena*, alimentaba la posición de que solo es posible establecer una reparación civil cuando exista condena.

Esta postura era asumida desde un sector de la doctrina, como lo refiere Beltrán Pacheco, quien al comentar la casación N° 4638-06-Lima, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 18 de julio de 2007, señalaba que la naturaleza jurídica de la reparación civil *"[…] es una pretensión accesoria en el proceso penal […] No cabe duda que la reparación civil sólo puede ordenarse en un proceso penal, siendo accesoria de una sentencia condenatoria y que es una manifestación de prevención especial positiva"*[2].

Estos aspectos han sido superados por el Código Procesal Penal, como veremos más adelante.

2 Beltrán Pacheco, Jorge Alberto. "Un problema frecuente en el Perú: La reparación civil en el proceso penal y la indemnización en el proceso civil" (informe especial). En: Revista RAE Jurisprudencia Civil. Ediciones Caballero Bustamante, Lima, julio 2008, p. 61.

En lo que concierne a la reparación civil como derecho a hacer valer en el proceso penal, hay otros temas sobre los cuales reflexionar. Y es que si bien la ley penal adjetiva vigente desarrolla consideraciones que permiten rodearla de un contexto mejor para su concreción, esta no será posible si no se cumplen determinados presupuestos.

Aquí es donde importa desarrollar algunos criterios que deben ser observados para garantizar su cumplimiento y satisfacer el derecho de una víctima. Siempre es importante reparar en el contexto en que se ha producido el hecho delictivo, pues no es lo mismo afrontar un proceso en que enfrentas el reclamo de reparar el daño cometido cuando la víctima tiene respecto de la parte obligada, asimetrías que la postran en una situación de dificultad, vulneración o peligro.

Eso ocurre en los casos de delitos de explotación humana, en los que por definición el sujeto activo despliega sobre su víctima una serie de conductas dirigidas a anular su voluntad y autonomía para decidir libremente, donde se aprovecha ilegítimamente de las necesidades de subsistencia material de la persona, o en las que la condición de vulnerabilidad de la víctima es instrumentalizada para hacer posible la realización de la trata de personas, el trabajo forzoso, la explotación sexual, o la esclavitud y otras formas de explotación.

Quienes están vinculados a estos ilícitos buscan generar ganancias ilícitas a través de la explotación del ser humano, no solo vulnerando la dignidad de las víctimas al punto de deshumanizarlas, sino que, además, generando conscientemente daños severos en su integridad, salud, patrimonio, desarrollo y otros bienes jurídicos más, postrándola a situaciones de las que difícilmente podrá desvincularse o cuyos efectos impactarán durante toda su vida.

Precisamente, en la búsqueda de lograr beneficios de toda índole, las personas que delinquen se organizan para que en su vida criminal todo sea ganancia y no haya pérdidas, o que estas sean mínimas. De allí que de los casos denunciados por estos delitos pocos terminan llegando a juicio, y los que terminan en sentencias se orquesta una serie de barreras para impedir el resarcimiento de los daños ocasionados. No debemos olvidar que en los delitos de explotación humana participan organizaciones criminales, esto es, que hay aparatos exprofesamente estructurados para realizar delitos, obtener ganancias, evitar la represión estatal y no responder ante las víctimas.

En tales contextos, el reclamo de una reparación civil por el daño ocasionado se constituye como una necesidad ineludible y ética desde el Estado,

y por eso existe la alternativa propuesta por la Ley N° 31146[3], que permite el pago de la reparación civil con la subasta de los bienes decomisados u objeto de extinción de dominio generados por dichos delitos, cuando el autor o responsable de los delitos no tuviese bienes con los cuales cumplir la obligación de reparar los daños, o cuando por diversas acciones desarrolladas por los responsables del daño, no existen bienes identificados para atender dicha obligación.

En base a los postulados mencionados, se presenta la posibilidad de delinear un abordaje distinto sobre la reparación civil para las víctimas de los delitos de explotación humana, y a ello nos referiremos a continuación.

2. El daño a la víctima como presupuesto para la reparación civil: criterios normativos y jurisprudencia aplicable

Dos cuestiones son relevantes para dilucidar en la actualidad el qué y el cómo encarar la reparación civil en el proceso penal. La primera tiene que ver con la interpretación del ámbito sustantivo penal que regula esta institución jurídica, y la segunda con los criterios procesales o jurisprudenciales para determinar su aplicación.

En lo que atañe al primer aspecto, queda claro que se ha superado la interpretación que señalaba que solo podía establecerse una reparación civil si hay condena porque se asimilaba que esta era consecuencia del delito, de modo tal que si no había condena es porque no se producía un resultado típico, antijurídico y culpable, presupuestos que en conjunto permiten señalar si se ha producido o no un ilícito penal.

En efecto, la reparación civil no nace del delito sino del hecho generador que causa un daño en los derechos de la persona. Como lo apunta Guillermo Chang, *"[…] la reparación civil en el proceso penal no es otra cosa que la responsabilidad civil atribuida al sujeto autor del ilícito penal, por lo cual ambas deben tener el mismo fin: reparar integralmente el daño irrogado. Esta premisa se ve reforzada por el propio Código Penal que establece en su artículo 93 que la reparación comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, así como la indemnización de los daños y perjuicios"*.[4]

A su vez, la sentencia de casación N° 250-2020-LIMA señala que la responsabilidad civil en sede penal no deriva propiamente de la comisión de

3 La Ley N° 31146, Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 28950, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, con la finalidad de sistematizar los artículos referidos a los delitos de trata de personas y de explotación, y considerar estos como delitos contra la dignidad humana, fue publicado en el diario oficial El Peruano, el 30 de marzo de 2021.

4 CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo Andrés. "La determinación judicial de la reparación civil en el proceso penal". En: Estudios críticos de Derecho Penal peruano. Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal, primera edición, Lima, abril 2011, p. 297.

una infracción penal, pues su fundamento no es el delito sino el daño ocasionado, por lo que es el resultado de la comisión de una conducta o comportamiento ilícito que genera un daño indemnizable[5].

Siendo así, no se requiere la determinación de responsabilidad del autor o autores de un hecho para perseguir y ordenar una reparación civil a favor de la víctima perjudicada por la conducta. Dicho de otro modo, independientemente de que exista responsabilidad penal por el hecho investigado, puede verificarse si la conducta ha generado un daño en la persona que amerita ser resarcido e indemnizado.

Por ello, podemos concluir que para determinar una reparación civil debe configurarse un ilícito civil, sin desconocerse que el hecho generador del mismo es una conducta que será evaluada en un proceso penal para ser sancionada, pero que es autónoma del resultado criminal tanto en su configuración como en los criterios que se utilizarán para corroborar el daño producido y la determinación del valor de dicha reparación civil.

En ese sentido, el artículo 12 inciso 3 del Código Procesal Penal, desarrolla un estándar normativo revolucionario al señalar explícitamente que *la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.*

El Poder Judicial, a su turno, ha desarrollado criterios jurisprudenciales de cómo interpretar y proceder para entender cuál es el contenido del derecho a la reparación civil, incluido su naturaleza jurídica y la correcta interpretación y alcances del artículo 12 inciso 3 de la ley penal adjetiva. Al respecto, vamos a abordar sucintamente los aspectos centrales contenidos en algunas sentencias de casación que hemos analizado para fines del presente artículo:

Cuadro N° 1
Criterios jurisprudenciales sobre reparación civil establecidos en sentencias de casación de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

Datos de la sentencia de casación		Síntesis del fundamento pertinente
N° de casación	Tema de la casación	

5 Sentencia de Casación de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 7 de setiembre de 2021 (Casación N° 250-2020-Lima), fundamento noveno, parágrafo 9.1, pp. 6 y 7

RC N° 1535-2017-Ayacucho (26-09-2018)	Reparación civil en sentencia absolutoria	Fundamento jurídico 3: La opción normativa que admitió el artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal, no solo ratificó la diferencia entre acción penal y acción civil –los criterios de imputación son propios, no necesariamente coincidentes, en tanto que la acción civil es ex damno y se sigue por las reglas del Código Civil (preceptos de naturaleza civil), al tratarse incluso de un proceso civil acumulado al penal–. Además, el sistema que aceptó el Código Procesal Penal (accesoriedad estricta), es el de autonomía de la acción civil en relación a la suerte de la acción penal, por lo que, sin perjuicio de lo determinado en relación al objeto penal, corresponde al juez decidir si se presentan los criterios de imputación propios de una conducta ilícita que ocasionó un daño indemnizable, conforme al artículo 1969 del Código Civil. En estas condiciones, el órgano jurisdiccional penal aun cuando sobreseyera la causa o absolviera al imputado, mediando una pretensión civil, debe examinar, desde las bases del Derecho Civil, si se produjo un daño indemnizable y proceder en su consecuencia. Fundamento jurídico 5: [...] Si bien la actora civil sustentó la responsabilidad civil en una conducta dolosa de la referida imputada, a tono con los cargos que se formularon contra ella desde el Informe Especial de la Contraloría General de la República y la Fiscalía Provincial, el hecho de que en segunda instancia se descartó la tipicidad dolosa en modo alguno impide sostener su pretensión impugnatoria en sede de casación bajo una atribución culposa. Se trata de una misma petición de condena y, desde la causa de pedir, de los mismos hechos empíricos tal como acontecieron en la realidad –la norma material asocia efectos jurídicos a la modalidad tanto dolosa cuanto culposa–: lo sucedido con el retraso o demora –al retener la documentación que se le envió a su Despacho– para contestar la solicitud de ampliación del plazo para la entrega de los gaviones comprometidos. Fundamento jurídico 6: [...] Este atraso originó la aceptación de la ampliación de plazo y, como destacó el Informe Especial de la Contraloría General de la República, importó un perjuicio de ciento trece mil trescientos veintinueve soles con cuarenta y tres céntimos. La imprudencia imputable a la encausada [...] es evidente, no tuvo el cuidado debido de pronunciarse inmediatamente y seguir, con rapidez, la tramitación de un pedido en el que las instancias técnicas no lo habían considerado viable.

RC N° 1082-2018-Tacna (26-02-2020)	No se verifica la causal de procedencia alegada	Fundamento jurídico 10: En el mismo sentido, el Acuerdo Plenario número 4-2019/CJ-116 (fundamentos 25 y 26), al pronunciarse sobre la acción civil ex delicto resaltó que esta no nace porque el hecho sea un delito sino porque el hecho produjo un daño o porque implica un menoscabo patrimonial en la víctima (y que las singularidades de antijuricidad y tipicidad específicas de lo penal no caracterizan la obligación de reparar). Además, se establecieron criterios de la imputación civil, como –entre otros– que: "En lo que respecta a los presupuestos de la responsabilidad privada, el único factor esencial para que concurra el ilícito civil es el daño, elemento que, por el contrario, no está siempre presente en el ilícito penal". Fundamento jurídico 11: En ese sentido, el Juzgado Colegiado, en primera instancia, se limitó a indicar que de la actuación probatoria no se apreciaba un daño económico o moral causado al actor civil y que existía un proceso de cobro ante Indecopi (tan solo por lo señalado por el actor civil); es decir, no realizó una valoración específica de este aspecto civil, sino que se limitó a ligarlo a su análisis sobre la configuración del delito. Por el contrario, la Sala Superior señaló –al margen de no haberse acreditado el dolo en la conducta del encausado, como también resaltó la sentencia de primera instancia– que la actuación del procesado produjo una afectación patrimonial al actor civil (Sunat), pues resulta evidente que dejó de pagar los derechos antidumping que correspondían a la importación que realizó.
RC N° 147-2020-Tacna (30-07-2021)	Reparación civil en sentencias absolutorias	Fundamento jurídico 9: Sobre la institución de la reparación civil, es de precisar lo siguiente: 9.1 La obligación de reparar nace como consecuencia de la producción de un daño ilícito y atribuible al sujeto mediante el oportuno criterio de imputación, el daño es el único factor esencial para que concurra el ilícito civil (Acuerdo plenario N° 4-2019/CJ-116) [...] Fundamento jurídico 11: [...] En tal virtud, cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado, la jurisdicción no necesariamente debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito– no puede ser calificado como infracción penal (Acuerdos Plenarios números 5-2011/CJ-116, fundamento jurídico 7, y 4-2019/CJ-116, fundamento jurídico 30). Asimismo, es de destacar que el término cuando proceda debe entenderse desde el material probatorio. Por ello, debe verificarse si se ofrecieron elementos probatorios que demuestren la responsabilidad civil.

RC N° 1406-2019-Tacna (31-08-2021)	Adecuado análisis de la responsabilidad civil en la sentencia absolutoria	Fundamento jurídico 6: **Respecto a la materia de interés casacional** 6.1 […] Por lo tanto, se reitera que la responsabilidad civil tiene un origen autónomo, lo que amerita un análisis específico e independiente de la pretensión civil, a fin de determinar en cada caso específico si procede o no la imposición de una reparación civil y el monto de esta. Ello, independientemente de si la acción penal ha quedado prescrita o si el acusado ha sido absuelto o sobreseído de los cargos penales que se le imputan. […] Importa una debida motivación de las resoluciones judiciales el pronunciamiento razonable y fundamentado respecto al objeto penal, así como el objeto o pretensión civil; en este último, es exigible además un análisis a nivel cualitativo –a fin de determinar responsabilidad– y cuantitativo –en términos de monto reparatorio–. **Sobre el defecto de errónea interpretación de la ley penal – Art. 429.3 CPP** […] 6.4 Con ello, se aprecia que la Sala Superior, en su análisis, condicionó la determinación de la reparación civil al cumplimiento de los elementos objetivos del tipo penal de lavado de activos, esto es, le otorgó a la pretensión civil el carácter accesorio a la pretensión penal, sin tomar en consideración que los criterios de imputación en el caso de la acción penal y de la acción civil son distintos. 6.5 Dicha argumentación resulta notablemente contraria a la naturaleza jurídica de la acción civil, la cual se ejerce de manera autónoma; por lo tanto, la responsabilidad civil en el proceso penal deberá determinarse en función de sus propios criterios de imputación, en un análisis individual –independiente de la acción penal–, en que se debe establecer si se presentan o no sus elementos constitutivos, partiendo del material probatorio. Todo ello atendiendo a la finalidad de aquella, la cual es reparatoria y no preventiva.

RC N° 250-2020-Lima (7-09-2021)	Derechos de la víctima y análisis de la posible reparación civil en las sentencias absolutorias	Fundamento jurídico 9: La víctima, en todos los casos, tiene un rol protagónico en el desarrollo del proceso; por ello, no solo tiene derechos económicos, sino que también goza de la plena tutela de sus derechos a la verdad (a conocer lo que en efecto ocurrió y tener legitimidad para instar este derecho y reclamar por su efectiva concreción), a la justicia (a que no se produzca situación alguna de impunidad, puesto que el Estado tiene la obligación constitucional y convencional de respetar y garantizar plenamente la efectividad de todos los derechos fundamentales) y a la reparación integral, según prevé el artículo 95 del Código Procesal Penal [...] Fundamento jurídico 10: Lo expuesto debe ser considerado en todas las sentencias absolutorias que se emitan, según también estableció este Tribunal en abundante jurisprudencia. 10.1 En el presente caso no se tuvo en cuenta ello y, por el contrario, genéricamente se indicó que, "al no haberse acreditado fehacientemente una actuación ilícita por parte de los sentenciados", no corresponde fijar reparación alguna, con lo que se contravino lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 12 del Código Procesal Penal, se afectó el derecho de la actora civil a la posible reparación integral del daño generado y se vulneró su derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Fuente: Jurisprudencia sistematizada y ejecutorias vinculantes – web institucional del Poder Judicial.

Elaboración propia

Como podemos constatar, el derecho a la reparación civil entraña la obligación del juzgador de evaluar si se ha producido algún daño como consecuencia del hecho ilícito y, para ello, el Ministerio Público o el actor civil tienen la responsabilidad de sustentar y demostrar con el material probatorio respectivo esta pretensión civil. Además, el juez tiene el deber de fundamentar la decisión que tome respecto a si admite o no la determinación de una reparación civil, no pudiendo bajo ninguna circunstancia considerar como un argumento de mérito el hecho de que el caso se haya sobreseído o culminado por absolución.

Por eso indicamos que los criterios sustantivos y la norma procesal precitados suponen una redefinición de aspectos con los que antes se asumía y valoraba la reparación civil. Al respecto, García Cavero refiere también que la reparación civil no es una pena, pues si bien esta y aquella derivan de un mismo presupuesto (la realización de un acto ilícito), existe una distinción conceptual de ambas consecuencias jurídicas con la que se pretende precisar que cada una de ellas valora el hecho ilícito desde su propia perspectiva, lo que se explica en el hecho de que parten de fundamentos distintos: la pena se impone con la finalidad de mantener el bien jurídico frente a vulneraciones culpables, mientras que la reparación civil derivada se centra en la función de reparar el daño provocado a la víctima por la acción delictiva. En definitiva, para dicho autor es importante comprender

la autonomía de la pretensión civil en el proceso penal, la irrelevancia de la culpabilidad penal para establecer la reparación civil, y la exclusión de una función sancionatoria en la reparación civil[6].

Ahora bien, entendiendo que el daño generado por el hecho ilícito constituye la piedra angular para reclamar y establecer una reparación civil, conviene entender a qué tipo de daño nos estamos refiriendo bajo los estándares del Derecho Civil.

Para ello, tomamos en cuenta algunos fundamentos desarrollados en los Acuerdos Plenarios N° 6-2006/CJ-116 y N° 04-2019/CIJ-116, y la sentencia de casación N° 997-2019/LAMBAYEQUE:

- El fundamento 8 del Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 considera que, desde la perspectiva del daño civil, existen dos consecuencias que pueden ser determinadas al momento de sustentar y fijar la reparación civil: los daños patrimoniales y no patrimoniales. Los primeros consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica y que deben considerarse en la reparación civil por haber disminuido la esfera patrimonial de la víctima o por el no incremento de su patrimonio o ganancia que deja de percibir. Los segundos están circunscritos a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales de la persona natural o jurídica que, por ser inmateriales, no tienen reflejo patrimonial alguno.[7]

- A su vez, en los fundamentos 25 y 26 del Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116 se señala que el daño resarcible o daño civil consiste en las pérdidas patrimoniales y en los sufrimientos de toda índole padecidos por la víctima. A ellos se refieren como menoscabo material y moral, respectivamente, producidos por la actuación ilícita, de los cuales nace la obligación del restablecimiento del desequilibrio patrimonial o moral producido en la esfera jurídico-privada de un sujeto particular[8].

- Por su parte, el fundamento 3 de la casación N° 997-2019/LAMBAYEQUE, alude que el daño, desde la perspectiva civil, ante todo se trata del daño patrimonial que resulta de la lesión de los intereses civiles que dan lugar al derecho al resarcimiento en sede civil. Ese daño consiste,

6 GARCÍA CAVERO, Percy. "La naturaleza y alcance de la reparación civil: A propósito del precedente vinculante establecido en la Ejecutoria Suprema R.N. 948-2005-Junín". En: Revista Ita Ius Esto, revista virtual N° 5, Piura, 2010, pp. 89-101. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/314610

7 El Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, sobre Reparación civil y delitos de peligro, fue aprobado el 13 de octubre de 2006, durante el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República.

8 El Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116, sobre *Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal*, fue aprobado el 10 de setiembre de 2019, durante el XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.

con más precisión, en la sustracción o en la disminución del patrimonio bajo las formas del daño emergente y de las ganancias perdidas (o lucro cesante). Pero, además, se trata del daño no patrimonial o moral que consiste en el sufrimiento físico o psíquico provocado como consecuencia del delito y, por ello, comprende toda forma de perturbación psíquica, desde la angustia a la aflicción, desde el ansia al resentimiento, hasta comprender incluso el perjuicio social[9].

3. Presupuestos para determinar la reparación civil

Pero además del daño, existen otros elementos que son necesarios considerar para postular una responsabilidad civil y, en consecuencia, determinar el pago de una reparación civil. La importancia de estos presupuestos radica en que a partir de estos se genera el estándar de caudal probatorio para determinar si hubo o no daño, y cuál es el valor o estimación que se reclama para considerar resarcidas las consecuencias generadas por el hecho ilícito.

Además, la aplicación de estos criterios permitiría cada vez más en los casos concretos que el debate y análisis del monto económico de lo que se reclame como reparación civil, y lo que se fije como resultado, esté sustentado en forma técnica y jurídica y, asimismo, posibilitaría tener mayor claridad al momento de impugnar una decisión judicial sobre este tema, en caso esta no esté debidamente motivada conforme el ordenamiento vigente.

A continuación, vamos a reseñar estos presupuestos según lo que el Poder Judicial y la academia proponen al respecto:

Cuadro N° 2
Criterios para determinar la responsabilidad civil

Datos de la sentencia de casación o acuerdo plenario		Síntesis del fundamento pertinente
N° de casación / acuerdo plenario	Tema de la casación / acuerdo plenario	

9 Sentencia de Casación de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 7 de abril de 2021 (Casación N° 997-2019-Lambayeque), fundamento tercero, p. 6.

RC N° 340-2019-Apurímac (28-10-2020) Nota: De similar criterio son las siguientes: RC N° 20-2019-Cusco (8-04-2021) RC N° 147-2020-Tacna (30-07-2021) RC N° 250-2020-Lima (7-09-2021	Responsabilidad civil. Criterios de imputación	Fundamento jurídico 2: Que se trata de determinar si los hechos objeto de la pretensión civil están probados y si, efectivamente, se está ante un hecho antijurídico, causado por dolo o culpa, que ocasionó un daño –menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial– que debe ser reparado o indemnizado, conforme al artículo 1969 del Código Civil. La responsabilidad civil se funda en cinco requisitos: 1. La e**xistencia real de daños y perjuicios.** 2. La cuantía de los mismos, de**bidamente propuesta y acreditada**, que se establece a partir de los efectos producidos por el hecho cometido –se requiere una estimación razonada de la cuantía por los daños generados–. 3. La fundamentación de los hechos en función a **dolo o culpa,** con independencia de su tipificación penal –salvo que se trate de los supuestos de responsabilidad por el riesgo–. 4. **La relación de causa a efecto** entre los hechos y el daño o perjuicio ocasionado. 5. **La persona imputable,** que puede ser el autor directo y el autor indirecto –no rige el principio de personalidad propio de la pena–.
RC N° 1406-2019-Tacna (31-08-2021)	Adecuado análisis de la responsabilidad civil en la sentencia absolutoria	Fundamento jurídico 6: […] 6.6 En la doctrina jurisprudencial civil nacional –Sentencia Casatoria Civil número 4771-2011/El Santa– en materia de responsabilidad civil extracontractual, se han fijado cuatro requisitos constitutivos: 1. **La antijuricidad o ilicitud de la conducta**. 2. El **daño causado**. 3. La **relación de causalidad.** 4. Los **factores de atribución** (culpa y riesgo creado en la responsabilidad extracontractual: artículos 1969 y 1970 del Código Civil). 6.7 En tal sentido, al momento de determinar la procedencia de la reparación civil, en cada caso, se deberá tomar en cuenta el cumplimiento de estos requisitos […]

Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116 (10-09-2019)	Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal	Fundamento jurídico 26: […] En cuanto a los criterios de imputación civil, se tiene: 1. Que, la tipicidad, que constituye el presupuesto esencial para que surja la responsabilidad penal, falta por completo en la responsabilidad civil ex delicto. 2. Que, si bien la antijuricidad es presupuesto ineludible en ambas clases de ilícitos, la concurrencia de la tipicidad en la infracción penal y su ausencia en el ilícito civil determina que en cada una de esas disciplinas jurídicas la contrariedad al derecho tenga un significado distinto –en Derecho Civil basta la causación de un daño en intereses jurídicos ajenos–. 3. Que, la concurrencia de dolo o culpa constituye presupuesto común, pero no imprescindible, de la responsabilidad civil derivada del delito –el Código Civil prevé casos de inculpabilidad en los que la obligación privada se mantiene, otros en los que la responsabilidad civil recae en persona distinta a la que cometió el delito, y finalmente en los que se recogen próximos a la responsabilidad objetiva–. 4. La punibilidad implica, precisamente la posibilidad potencial de aplicar una pena, nunca una sanción civil. 5. En lo que respecta a los presupuestos de la responsabilidad privada, el único factor esencial para que concurra el ilícito civil es el daño, elemento que, por el contrario, no está siempre presente en el ilícito penal.

Fuente: Jurisprudencia sistematizada y ejecutorias vinculantes – web institucional del Poder Judicial

Elaboración propia

A pesar que de la lectura de los requisitos planteados por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de casación, y las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, en el acuerdo plenario, parecería existir una discordancia, lo cierto es que una lectura y análisis integral de los mismos permitirá verificar que en realidad hay una coincidencia, dado que por una parte hay un reconocimiento implícito de algún requisito que se estima innecesario mencionarlo por su evidente confluencia para la determinación de la responsabilidad civil, o porque ya se encuentra contenido en los otros requisitos, y por otra parte se estima mejor desarrollarlos explícita y detalladamente.

En cuanto a como algunos académicos de nuestro medio que se refieren a este tema, podemos citar a Jorge Alberto Beltrán Pacheco[10] que al analizar los elementos de la responsabilidad civil señala cuatro: comportamiento dañoso (ilícito o abusivo), una consecuencia dañosa (patrimonial o no patrimonial), una relación causal, y un criterio de imputación que atribuya responsabilidad al demandado.

Por su parte, Joel Chipana Catalán[11] propone de modo esquemático que para determinar una reparación civil a partir del juicio de responsabilidad civil, deben considerarse los siguientes elementos:

- **Tipos de daño:** daño emergente (que es el daño efectivamente generado con el acto ilícito), lucro cesante (ganancia frustrada que no comprende los costos empleados), daño a la persona (que pueden ser las lesiones a la integridad física, todo cuanto se puede representar física y materialmente), y daño moral (que debe estimarse según un estándar subjetivo, por eso es extrapatrimonial y para lo cual puede recurrirse a diversas teorías, como la teoría de la probanza o la teoría de la presunción)

  En el caso de los tres primeros –daño emergente, lucro cesante y daño a la persona– deben cuantificarse, mientras que el daño moral debe estimarse o realizarse una aproximación valorativa.

- **Antijuricidad:** es decir, que el hecho que ha originado el daño tiene que vulnerar alguna norma contenida en nuestro ordenamiento jurídico. Se excluyen de la antijuricidad el ejercicio legítimo de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad (esto es, que el hecho que ha generado el daño debe tener relación directa con la necesidad que se va a suplir).

- **Criterio de imputación:** dolo o culpa, esto es, si se actúa con intencionalidad o con falta de previsión de un resultado debido a la imprudencia o negligencia en el actuar de una persona. En algunos casos, es suficiente determinar si el hecho se cometió con responsabilidad objetiva, sin importar si el hecho se produjo con dolo o culpa.

- **Nexo causal:** que en el ámbito civil permite diferenciar al autor material del daño y al responsable civil, con lo cual se puede reclamar la reparación civil a distintas personas que tengan relación directa o indirecta con el hecho generador del daño, por lo que puede ser la misma persona, o distintas personas. Se excluyen del nexo causal lo supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, el hecho determinante de tercero, y el hecho propio de la víctima.

10 Beltrán Pacheco, Jorge Alberto. op. cit., p. 44.

11 Chipana Catalán, Jhoel [Jefferson Moreno]. (30 de abril de 2020). *La reparación civil en el proceso penal* [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=M-FUlcPLyH4

Nótese una vez más que estas últimas referencias guardan relación con los requisitos establecidos en las casaciones y acuerdo plenario antes glosados. Cualquiera de las propuestas reseñadas puede ser utilizada en el caso concreto, dependiendo de las características, condiciones y material probatorio se tenga para postular una solicitud de reparación civil.

4. Planteamientos para las solicitudes de reparación civil en los delitos de explotación humana

En este último apartado, postulamos algunas sugerencias que pueden ser de utilidad para la obtención de una reparación civil en los delitos de explotación humana.

La necesidad de contar con pautas al respecto, tiene relación con la importancia de conseguir resultados eficaces y eficientes frente a este tipo de ilícitos, pues siendo que estos afectan intensamente la dignidad humana, y que por regla general estamos frente a estructuras delictivas concebidas para obtener riqueza y ganancia ilícita, se impone un deber legal y ético de que el despliegue de acciones no sea meramente formal, sino sustantivo y concreto.

Existe un deber ético de conseguir una reparación civil en estos casos, porque hay siempre una grave afectación a los derechos humanos de las personas, ya que en estos delitos se desarrollan comportamientos que niegan la dignidad misma de la persona humana; hay constantes amenazas y actos concretos de la violencia más cruda para resistir el comportamiento delictivo, para no reclamar o denunciar, y para mantenerse en dicha situación en las condiciones más denigrantes. La manipulación de la voluntad, consentimiento o autonomía para decidir, así como de la necesidad material por satisfacer o de la condición de vulnerabilidad que detenta la persona, es de tal grado que, en determinados casos, la víctima acepta dicha situación porque entiende que no hay alternativa viable para sobrevivir o, en otros casos, termina involucrándose en la dinámica criminal para explotar a otras personas.

En esos términos, la reparación civil se constituye como una posibilidad o alternativa para la víctima, no solo para compensar o resarcir el daño en términos económicos, sino para intentar un reinicio de su derecho a vivir con dignidad y a aspirar a un desarrollo legítimo y genuino.

Podemos también señalar que existe un deber social de desterrar progresivamente las situaciones de desigualdad o asimetría entre quienes explotan y quienes son explotados, circunstancia que no resulta ser de interés solo de quien padece esa desigual relación, sino de la sociedad en su conjunto,

pues la utilización de personas para estos fines implica un daño a toda la comunidad y no solo a los directos agraviados.

Igualmente, hay razones económicas y de política criminal para optar por una reparación civil que haga justicia al daño infligido. Las fortunas y el incremento de patrimonio mal habido resultan una afrenta al Estado, un desbalance en las relaciones económicas efectuadas con apego a la ley, un impacto a nuestra política fiscal y tributaria con el consiguiente impacto en el Tesoro Público para financiar necesidades colectivas del país, y un mensaje pernicioso ante la colectividad que puede replicar conductas similares generando un impacto que incremente los índices de inseguridad ciudadana. Por ello, así como se persigue la obtención de la responsabilidad penal a través del castigo legítimo por la vulneración de bienes jurídicos tutelados, también se debe perseguir los bienes obtenidos ilegal e ilegítimamente, retirarlos de la esfera de quienes se hacen de ellos a través de la explotación humana, y ponerlos a disposición de las víctimas y de la sociedad.

En el caso de los delitos de explotación humana, además, hay que considerar que junto con las normas contenidas en los artículos 92 y siguientes del Código Penal, debe tenerse en cuenta lo regulado en el artículo 9 de la Ley N° 28950, incorporado por la Ley N° 31146, que indica lo siguiente:

> *"Artículo 9. Reparación civil*
>
> *En los delitos de trata de personas y de explotación en sus distintas formas, previstos en el Título I-A, Delitos contra la Dignidad Humana, de la Parte Especial – Delitos, del Código Penal, la reparación civil comprende, como mínimo, los salarios impagos; los costos que demande su tratamiento médico, siquiátrico y sicológico; los costos de su rehabilitación física, social y ocupacional, y una indemnización por la pérdida de oportunidades, empleo, educación y prestaciones sociales.*
>
> *El juez puede ordenar, atendiendo a las circunstancias del caso, la realización de obligaciones de hacer para garantizar el cumplimiento de la reparación"*

Como bien lo señala De la Cruz Mamani,[12] se puede discrepar de una norma como la reseñada para regular el contenido de la reparación civil para casos específicos. Sin embargo, estando vigente dicha ley lo que corresponde a quienes defienden los intereses de las víctimas y actores civiles es utilizar tales criterios y los jueces valorarlos en su oportunidad procesal. No obstante, debe tenerse en cuenta que la sola alegación a la referida ley

12 De La Cruz Mamani, Alfredo. "La reparación civil en los casos de trata de personas y de explotación". En: Portal La Ley. El ángulo legal de la noticia, 13 de octubre de 2021. Disponible en https://laley.pe/art/12130/la-reparacion-civil-en-los-casos-de-trata-de-personas-y-de-explotacion

no generará en modo alguno que una reparación civil.

La ley, en ese extremo, establece criterios objetivos para peticionar una reparación civil en este tipo de delitos, pero evidentemente hay que demostrar tales daños y probarlos convenientemente. Como hemos venido señalando a lo largo de este artículo, sino se demuestra el daño no existe posibilidad de establecer la responsabilidad civil de un obligado y, por tanto, tampoco podrá contarse con una reparación civil que le haga justicia a los derechos y expectativas de la víctima de un hecho ilícito.

Para viabilizar la obtención de la reparación civil, la defensa técnica de la víctima o el Ministerio Público, cuando corresponda, deben tener en cuenta lo siguiente:

- Desde el momento de la denuncia o el inicio de la investigación preliminar, se debe preparar a la víctima para que se constituya en actor civil hasta antes de que culmine la investigación preparatoria. Hay que recordar que sin actor civil no hay reparación civil.

- El establecimiento de una relación de confianza con la víctima permitirá tener la mayor información posible de bienes, locales, contextos, datos de las personas participantes en cada situación en que se desarrollan los hechos ilícitos, así como una pormenorizada descripción de los daños que ha sufrido, de cómo se produjeron los hechos de captación, involucramiento o presencia en el lugar para fines de explotación, lo cual es útil para determinar los tipos de daño que se van reclamar y las conductas antijurídicas que se hayan producido con dolo, culpa o a título de responsabilidad objetiva.

- Lo referido en el ítem precedente cobra especial importancia ya que muchas veces se produce en forma no intencional una instrumentalización de la víctima, quien siente que su presencia en la investigación solo es útil para el Estado, por cuanto se necesita su declaración solo para perseguir a los responsables, pero no entiende o percibe que la acción estatal se despliega para ocuparse de sus preocupaciones y expectativas. Que la persona sepa desde el inicio que independientemente de que se condene o no al o los responsables del hecho, puede resarcirse los daños que ha sufrido, la sitúa en un contexto distinto y de mayor alcance para satisfacer sus intereses.

- Se debe considerar que, a diferencia de la exigencia estricta de la tipicidad objetiva y subjetiva propios de la persecución del delito, o la individualización del responsable del hecho en sede penal, para efectos del nexo causal entre el hecho ilícito y daño generado, el criterio de imputación y

la persona imputada existe una amplia posibilidad de proponer y fundamentar el pedido de reparación civil. Así, puede incorporarse a todas las personas que sean posibles. Así, si estamos frente a un presunto caso de trabajo forzoso o esclavitud, puede incluirse a la persona que la captó u obligó a aceptar la actividad, a quien fungía de vigilante del trabajo o la actividad, a la empresa o persona jurídica para quien se realizaba el trabajo o la que obtenía las ganancias o réditos respectivos, a los directivos de la empresa, al dueño de la propiedad donde se producía la explotación, entre otros. No importa si es el autor material o el autor indirecto, todos pueden ser comprendidos como responsables o terceros civiles, y responder con su patrimonio por el daño generado. Contra ellos pueden requerirse las medidas de embargo, restricción de derechos que tengan relación con bienes patrimoniales, incautaciones, y otras medidas reales contenidas tanto en el Código Penal y Código Civil.

- Respecto de los bienes embargados o incautados se puede solicitar el inicio de indagaciones patrimoniales o de extinción de dominio, en el marco del Decreto Legislativo N° 1373, con la finalidad de que estos puedan ser en su momento subastados y con el resultado de las ventas atender la reparación civil a favor de las víctimas, tal como lo dispone la Ley N° 31146. Estas acciones deben realizarse desde el inicio de la investigación para evitar el ocultamiento de los bienes, la disposición de los mismos vía venta o traspaso de titularidad, entre otros.

- Es necesario considerar que la argumentación y probanza de la reparación civil sea explícita, concreta y objetiva. Y este es un tema central en los procesos penales pues se ha asumido que las pruebas acopiadas para demostrar la responsabilidad penal del acusado son suficientes para justificar implícitamente la responsabilidad civil. Este es un error que se debe corregir en quien tiene la responsabilidad de la defensa de la víctima constituida en actor civil.

- Como hemos indicado anteriormente, existen tipos de daños que se pueden alegar, probar y cuantificar, y no hay que olvidar que los daños inmateriales o morales se pueden estimar. La explicación de cómo se produjo el daño, y su respectiva cuantificación o estimación, en cada caso, debe partir de un análisis que demuestre con coherencia y corroboración por qué se pide un determinado monto de reparación civil. Apelar a la mayor o menor gravedad del ilícito no aporta en ese sentido. Ya hemos visto que esa es precisamente una de las razones por las que los montos de resarcimiento en un proceso penal son menores que en un proceso civil.

Existe hoy un escenario distinto para potenciar el rol e importancia de la víctima del delito en los procesos penales, e incorporar en el debate sobre

el resultado de la acción estatal la defensa de sus intereses, expectativas y derechos. No se pretende reemplazar el objeto central del proceso que es la determinación de la existencia de un delito y la imposición de la sanción consecuente, pero queda cada vez más claro que de esta forma se puede garantizar el derecho de que todas las partes intervengan en el proceso "*con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y este Código*"; como lo establece el inciso 3 del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal. En un Estado Constitucional de Derecho, no se puede aspirar a menos.

5. Bibliografía

Obra Colectiva

Chang Hernández, Guillermo Andrés. "La determinación judicial de la reparación civil en el proceso penal". En Estudios críticos del Derecho Penal peruano, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

Artículos de Revista

Beltrán Pacheco, Jorge Alberto. "Un problema frecuente en el Perú: la reparación civil en el proceso penal y la indemnización en el proceso civil". En Revista RAE Jurisprudencia Civil, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2008.

García Cavero, Percy. "La naturaleza y alcance de la reparación civil: A propósito del precedente vinculante en la Ejecutoria Suprema R.N. 948-2005-Junín". En: Revista Ita Ius Esto, Revista virtual, Piura, 2010. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/314610>

Jurisprudencia

Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006.

Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116, del10 de setiembre de 2019.

Casación N° 1535-2017-AYACUCHO, del 26 de setiembre de 2018.

Casación N° 951-2018-NACIONAL, del 28 de agosto de 2019.

Casación N° 1082-2018-TACNA, del 26 de febrero de 2020.

Casación N° 340-2019-APURÍMAC, del 28 de octubre de 2020.

Casación N° 997-2019-LAMBAYEQUE, del 7 de abril de 2021.

Casación N° 20-2019-CUSCO, del 8 de abril de 2021.

Casación N° 1406-2019-TACNA, del 31 de agosto de 2021.

Casación N° 250-2020-LIMA, del 7 de setiembre de 2021.

Recursos Electrónicos

Chipana Catalán, Jhoel. "La reparación civil en el proceso penal". Video, 2020, 30 de abril. Obtenido en <https://www.youtube.com/watch?-v=M-FUlcPLyH4>

De La Cruz Mamani, Alfredo. "La reparación civil en los casos de trata de personas y de explotación". En portal web La Ley. El ángulo legal de la noticia, 2021, 13 de octubre. Obtenido en: <https://laley.pe/art/12130/la-reparacion-civil-en-los-casos-de-trata-de-personas-y-de-explotacion>

Aspectos problemáticos de la innegable relación entre colaboración eficaz y prisión preventiva*

Gian Pierre Alcántara Villanueva**
Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Descripción de la realidad problemática / 2. La innegable relación entre colaboración eficaz y prisión preventiva / 3. Colaboración eficaz y prisión preventiva: aspectos problemáticos / 4. Conclusiones / 5. Referencias bibliográficas.

1. Descripción de la realidad problemática

En la actualidad ocurre con frecuencia que la declaración de un aspirante a colaborador eficaz se utilice para iniciar una investigación en contra de ciudadanos que, a partir de esta declaración, tendrán la condición de incriminados. Vale decir, lo que se genera es una imputación que debe ser corroborada por el representante del Ministerio Público, ello se enmarca dentro de la legalidad; sin embargo, no en todos los casos es legítimo porque resulta ser un exceso en las facultades de persecución secreta que ofrece esta institución jurídica, sin importar los efectos adversos que se generan.

Por otra parte, resulta innegable que a partir de la declaración del aspirante a colaborador eficaz se va construyendo una imputación que luego -en la mayoría de los casos- genera la presentación de un requerimiento de prisión preventiva en contra de los sujetos incriminados. Verbigracia, en las investigaciones de los denominados casos emblemáticos, complejos y/o de trascendencia nacional e internacional se han tomado los dichos de un

---

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogado penalista por la Universidad de San Martín de Porres. Candidato a magíster en Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Con estudios de especialización en Contrataciones con el Estado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado en Zapata López | Especialistas en Ciencias Penales. Correo electrónico: gianpalcantara@gmail.com

aspirante a colaborador eficaz, así como los "actos corroborativos" que lo acompañan, los mismos que son obtenidos con absoluta reserva y falta de conocimiento por parte del sujeto incriminado.

Ahora bien, tras analizar la figura jurídica de la colaboración eficaz surgen diversas interrogantes: *¿Cuál es su naturaleza jurídica?, ¿Es un proceso o un procedimiento?, ¿Cuál es el procedimiento para el traslado de lo declarado por un aspirante a colaborador eficaz?, ¿Lo declarado por un aspirante a colaborador eficaz y los actos de corroboración son suficientes a fin de dar por satisfecho el primer presupuesto que exige el dictado de la medida cautelar de la prisión preventiva? y ¿Cuál es el modelo de corroboración que debe tenerse en cuenta para el dictado legítimo de la prisión preventiva conforme al artículo 158.2 del código procesal penal?*

Como ha quedado establecido son variados los cuestionamientos que presenta el proceso especial de colaboración eficaz en relación con la medida cautelar de prisión preventiva. En el presente trabajo de investigación nos avocaremos a desarrollar las problemáticas actuales de esta relación.

2. La innegable relación entre colaboración eficaz y prisión preventiva

Respecto a la institución de derecho procesal penal premial de la colaboración eficaz, debemos tener en cuenta lo señalado por el profesor Castillo Alva (2018) quien sostiene:

> *La colaboración eficaz permite una lucha eficaz y adecuada contra las distintas formas de delincuencia y las organizaciones delictivas al permitir conocer sus estructuras, complejidad, conexiones y los enlaces con el mundo de los negocios, de la política, con el circuito empresarial, los vínculos con grupos extranjeros, sus contactos con la judicatura, etc. Se destruye el mito del silencio, la complicidad y los códigos de lealtad, disciplina y absoluta solidaridad de las agrupaciones criminales, logrando éxitos no solo a través de las informaciones proporcionadas, sino minando la confianza del grupo en cada uno de sus miembros. El golpe que se asesta no solo es material, sino psicológico, Por otro lado, el enfrentamiento con grupos poderosos que poseen mecanismos complejos de actuación, una serie de estrategias, medios, recursos y un respaldo económico, político y social requiere la implementación de una serie de procedimientos, técnicas y mecanismos novedosos. (p. 345)*

Igualmente, es de destacar lo mencionado por el profesor San Martín Castro (2020) quien en relación al proceso de colaboración eficaz ha dicho que:

> *Este tiene una cobertura más allá del beneficio premial, pues se busca no sólo premiar al delator, sino se concentra en la calidad de la información para vincular a otros delincuentes, en el procedimiento que se configura, en su lógica condicional y en la necesidad de articular otro proceso contra los delatados. Se vincula con la generación de un proceso especial, con cambios en la acusación y enjuiciamiento, con la modificación del estatus procesal del colaborador, con la inclusión de medida de coerción, de aseguramiento personal y de protección. (p.1192)*

Además, el profesor Mendoza Ayma (2022), indica que:

> *(...) el procedimiento de Colaboración eficaz no contiene una imputación propuesta por el Ministerio Público, sino una auto atribución de un hecho punible. Por esa razón, el "Proceso de Colaboración Eficaz" no configura el concepto del contradictorio procesal (p. 414).*

Así pues, en referencia a lo antes indicado por Mendoza Ayma, debe tenerse en cuenta que, con el inicio del proceso especial de colaboración eficaz, lo que se genera no es sólo una auto atribución del aspirante a colaborador eficaz, sino que, también incrimina hechos delictivos a otros sujetos (los incriminados). Éstos desconocen dicha incriminación realizada en su contra, por lo que al realizarse en estricta reserva se vulneran numerosas garantías procesales como el derecho a la defensa técnica eficaz y derecho a la concreción de un contradictorio procesal, entre otras.

Ahora bien, en cuanto a la medida cautelar de prisión preventiva el destacado jurista español Gimeno Sendra (1987) señaló que:

> *La prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal. Mediante su adopción se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia. (p.21)*

Por su parte, el más importante procesalista en medidas cautelares dictadas en el proceso penal peruano, el profesor Del Río Labarthe (2016), en relación a la temática planteada en el párrafo precedente, señala que:

> *La prisión preventiva es una medida cautelar personal dispuesta por una resolución jurisdiccional en un proceso penal, que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar su desarrollo y la eventual ejecución de la pena, mediante la evitación de los riesgos de huida y la obstaculización de la actividad probatoria. (p.115)*

Por consiguiente, debemos señalar que la medida cautelar de prisión preventiva siempre supone una gran afectación a los derechos del imputado, tales como: la libertad individual, la presunción de inocencia y derechos conexos, conforme lo ha venido sosteniendo en diversa jurisprudencia el Tribunal Constitucional.

Así pues, a nuestro entender existe una innegable relación entre la institución jurídica de la colaboración eficaz y la medida cautelar de la prisión preventiva en base a los fundamentos que a continuación pasamos a detallar:

Como se ha referido inicialmente, en la actualidad diversas investigaciones se han iniciado por las delaciones de un aspirante a colaborador eficaz y los actos de corroboración obtenidos en el proceso especial de colaboración eficaz. Éstos, no solo han servido para la obtención de un beneficio premial, sino que además se han utilizado en gran medida para fundamentar la imposición de la prisión preventiva en contra de los sujetos incriminados. Siendo ello así, queda claro que con el inicio del proceso especial de colaboración eficaz y lo obtenido en este, luego se requiere y se dicta la medida cautelar más lesiva en nuestro sistema procesal penal. Ello supone una gran problemática que no debería pasar desapercibida.

Sobre los actos de corroboración Castillo Alva (2018) señala que la corroboración exige que la declaración del colaborador esté garantizada por algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente de ella, que vincule al imputado con el delito, para contrastar las afirmaciones incriminatorias.

Por tanto, si lo que se pretende es asignar un posterior valor probatorio a la corroboración de la declaración brindada por un aspirante a colaborador eficaz, aquella declaración debe estar acompañada de otras pruebas.

Se exige que la corroboración de la declaración sea reforzada y no una simple corroboración mínima. No basta descartar la existencia de móviles espurios y ánimo de exculpación, en tanto esta resulta ser una labor un tanto subjetiva realizada por el fiscal encargado del procedimiento de corroboración, y donde la defensa del imputado de los cargos no ejerce ningún control sobre la existencia o no de dichos móviles espurios y ánimo de exculpación del aspirante a colaborador.

En tal sentido, si lo que se pretende es cumplir con el estándar probatorio de sospecha grave, a fin de dictar de manera legítima la prisión preventiva debe utilizarse la corroboración externa reforzada.

El profesor Moreno Nieves (2021) expresa que:

> *El proceso de colaboración eficaz, pese a ser un proceso especial autónomo, se ha convertido en una herramienta utilizada para reforzar otros procesos, al extremo de que se puede llegar a sostener que los actos de investigación se realizan normalmente en el proceso de colaboración y ya no en el proceso común. Esto tiene sus ventajas para la fiscalía, por ejemplo, se evita la participación de la defensa técnica y se neutraliza cualquier atisbo de contradicción o control, ya sea de la forma de incorporación de la información e incluso del propio plazo de duración. (p. 225-226)*

De lo expuesto anteriormente, es evidente que el proceso de colaboración eficaz, tiene la entidad suficiente para poner en una situación de indefensión a quien sufra la incriminación de un aspirante a colaborador eficaz, ad portas de un requerimiento de prisión preventiva, limitando la reacción eficaz de su defensa técnica.

Por tanto, se requiere de una especial valoración de las declaraciones de los aspirantes a colaborador eficaz y de los "actos de corroboración" en favor de respetar las garantías procesales que asisten al imputado y al dictado legítimo de la decisión judicial más controvertida y discutida antes de la emisión de la sentencia penal, esto es, la prisión preventiva.

3. Colaboración eficaz y prisión preventiva: aspectos problemáticos

Hoy en día, no existe duda que la aplicación de la colaboración eficaz en investigaciones seguidas contra presuntas organizaciones criminales y altos exfuncionarios ha convertido a este mecanismo extraordinario de investigación en casi una regla. Este es un asunto problemático, puesto que solo debe recurrirse a dicha institución de derecho procesal penal premial cuando otros medios de investigación no resulten idóneos para la obtención de información relevante y útil en la persecución del delito.

Por ello, se ha dicho que la aplicación del proceso especial de colaboración eficaz en algunas investigaciones, resulta ser una estrategia de la particular política criminal que ha adoptado el Estado para fortalecer la lucha frontal que le ha declarado a la corrupción y crimen organizado. Sin embargo, no se debe recurrir a este proceso especial en todas y cada una de las investigaciones, pues la regla es la aplicación de lo normado para el proceso penal común y no la utilización de la figura de la colaboración eficaz en casos en los que podría resultar contraproducente para alcanzar el fin de búsqueda de la verdad material en el proceso penal.

Al respecto, el profesor Peña Cabrera (2020), señala lo siguiente:

> *La aplicación y la operatividad de este procedimiento no se puede dar en todos los casos, esto es, de forma generalizada, sino únicamente en aquellos donde se devele una criminalidad muy difícil de desentrañar, por ende, ante evidentes complejidades probatorias.(p.279)*

Lamentablemente, lejos de acogerse a la aplicación excepcional de dicho proceso especial, el común de los fiscales recurre con frecuencia a este proceso en los casos de crimen organizado. Teniendo que, además, lo obtenido constituye un elemento de convicción principal de la hipótesis incriminatoria del representante del ministerio público.

Por tanto, corresponde realizar la siguiente interrogante: ¿Contiene la imputación realizada por un aspirante a colaborador eficaz y sus "actos de corroboración" entidad suficiente para satisfacer por sí mismo, el requisito de "existencia de graves y fundados elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo" necesario para dictar prisión preventiva?

Debido a lo dicho anteriormente, primero nos remitimos a lo expuesto por Gonzalo Del Rio Labarthe (2016) cuando explica que:

> *"El NCPP asume una posición muy similar a la del ordenamiento español, que, al requerir motivos bastantes para la aplicación de la prisión preventiva, acerca de la valoración de la existencia del hecho punible a un grado cognitivo calificable como probable y no como posible, un alto grado de probabilidad si se quiere, cercano a la convicción o certeza, pero nunca idéntico". (p.135)*

Así también, según lo establecido en el Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116 se tiene que: *"(...) la legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige que su configuración y su aplicación tengan, (i) como presupuesto (causa o motivo), la sospecha fuerte de la comisión de un delito grave (p. 5)"*.

Respecto a ello, cabe resaltar que el código procesal penal, exige graves y fundados elementos de convicción para sustentar la aplicación de la prisión preventiva. Debiendo recordar que, si bien existen actos corroborativos dentro de los procesos de colaboración eficaz, ellos están dirigidos a sustentar la veracidad de la imputación realizada por el colaborador dentro del proceso de colaboración eficaz y no a comprobar la veracidad de la imputación realizada al interior del proceso común.

4. Conclusiones

Después de un amplio análisis sobre los aspectos problemáticos entre la prisión preventiva y colaboración eficaz, abordamos las siguientes conclusiones:

- El proceso de colaboración eficaz, tiene la entidad suficiente para poner en una situación de indefensión a quien sufra la incriminación de un aspirante a colaborador eficaz y la alta posibilidad que el Ministerio Público realice un requerimiento de prisión preventiva, limitando con ello, la reacción eficaz de su defensa técnica. Se requiere de una especial valoración de las declaraciones de los aspirantes a colaborador eficaz y de los "actos de corroboración" en favor de respetar las garantías procesales que asisten al imputado y al dictado legítimo de la decisión judicial más controvertida y discutida antes de la emisión de la sentencia penal, esto es, la prisión preventiva.

- La política criminal actual de lucha contra la corrupción emplea el proceso especial de colaboración eficaz como el instrumento por antonomasia para fortalecer su estrategia y, de esta manera poder hacer frente a la corrupción profundamente arraigada en nuestro país. No obstante, el uso y abuso de esta medida ha hecho que, en aras de enfrentar la corrupción se menoscaben garantías fundamentales de los ciudadanos.

- Resulta insuficiente lo declarado por un aspirante a colaborador y los actos de corroboración en el proceso especial de colaboración eficaz, para dar por satisfecho el primer presupuesto que exige el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva pues al ser una de las medidas más gravosas se debe valorar con mayor prolijidad la "sospecha grave y fundada" puesto que, consiste en la privación de la libertad de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal.

5. Referencias bibliográficas

Asencio Mellado; Amoreti Pachas; Rosillo Sanchez; Reynaldi Román; García Calizaya; Bermeo Cevallos, B.. (2018). *La prisión preventiva. Comentarios a los casos emblemáticos.* (1ra edición) Pacifico Editores.

Campos Barranzuela, E. (2022). *Colaboración eficaz. Retos y desafíos en el Perú.* (1ra edición) Editorial Jurista.

Castillo Alva, J.; Asencio Mellado J. (2018). *Colaboración eficaz.* (1ra edición) Editorial ideas solución.

Del Río Labarthe, G. (2016). *Las medidas cautelares Personales del Proceso Penal Peruano* [Tesis doctoral, Universidad de Alicante]. Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante. http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/54307

Ferrer Beltrán; Fernández López; Reyna Alfaro; Galvez Villegas; López Yagues (2017). *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba* (1ra edición) Editorial ideas solución.

Jurado Cerrón, D. y C. Cerna Ravines (2022). *Prisión Preventiva y Detención Preliminar*. (1ra edición) Editorial Gaceta Jurídica.

Moreno Nieves, J. (2021). *La defensa de Nadine Heredia*. (1ra edición) Editorial LP.

Peña Cabrera, A. (2020). *El proceso penal de colaboración eficaz*. (1ra edición) Pacifico Editores.

Robles Sevilla, W. (2022). *Delatores y colaboradores eficaces en el siglo XXI*. (1ra edición) Editorial Ideas Solución.

San Martín Castro, C. (2020). *Derecho procesal Penal Lecciones*. (2da edición) Fondo Editorial

Vargas Isla, R. (2021). *El proceso de colaboración eficaz ¿Una manifestación del Derecho Procesal Penal del enemigo?* (1ra edición) Editorial Gaceta Jurídica.

Vásquez, C. (2019). *Hechos y Razonamiento probatorio*. (1ra edición) Editorial CEJI.

La prueba en los casos de violencia sexual: especial referencia a la declaración de la víctima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*

Milagros Medalit Vásquez Soto**
Universidad III Carlos de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La declaración de la víctima como única prueba de cargo / 2.1. ¿La declaración de la víctima puede ser considerada como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia? / 2.2. ¿La declaración de la víctima puede ser la única prueba que acredite la existencia de un hecho? / 2.3. La posición de la víctima como testigo: ¿desnaturaliza su verdadera posición como víctima en el proceso penal? / 3. Declaración testimonial de menores de edad en el proceso penal / 3.1. La prueba preconstituida y anticipada en el marco de protección del menor en el proceso penal / 3.2. La prueba preconstituida y su incorporación al juicio oral / 3.3. La validez y valor probatorio del testimonio de referencia en casos de abuso sexual / 4. Conclusiones.

1. Introducción

La gran mayoría de casos en España como en otros países, hay muchas víctimas –cualquiera sea su género o edad- de violación sexual, no obstante muchas de ellas, no denuncian a tiempo por diversos factores, como el miedo, el rechazo de la sociedad, comentar a sus padres o familiares cercanos, la angustia de no saber cómo actuar, a dónde acudir, qué hacer ante esa situación, entre otros, no obstante, cabe resaltar que no todas las

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogada. Con maestría en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad III Carlos de Madrid, España. Presidenta de Ius Verde. Miembro principal y fundadora del Centro de estudios e investigación "Scientia et iuris"- Perú. Miembro asociado de la Sociedad Peruana de Derecho- Comisión contrataciones con el estado, Perú. Ponente y panelista en diversos eventos académicos a nivel nacional e internacional. Se desempeñó como abogada adscrita en la Procuraduría MPS, Perú.

personas tienen esa fuerza y valentía de denunciar a tiempo, muchas de ellas se guardan por años ese dolor y experiencia que les afecta todos los días, hasta que algún momento de sus vidas toman la decisión de denunciar. ¿Qué pasa con aquella víctima que después de tiempo –de los hechos materia de la comisión del delito- deciden denunciar?

Sabemos que no tienen ninguna otra prueba que acredite que fue víctima de violación sexual como por ejemplo el certificado médico legal- lesiones compatibles a violación sexual reciente, integridad física, integridad sexual, etc., sin embargo, considero que existe otro factor el cual podríamos reforzar su teoría del caso y ello se recoge en: (i) *su declaración testimonial* (ya sea mediante entrevista única en *Cámara Gesell*, declaración en sede fiscal o judicial) y, (ii) *pericia psicológica:* primero, practicado a la víctima, que es muy importante a efectos de evidenciar -mediante la evaluación del perito psicólogo- determinar que los hechos materia de denuncia guarda relación con el delito denunciado; segundo, practicado con incidencia en el perfil sexual del denunciado, a efectos de evidenciar la conducta delictiva del denunciado. Sin embargo, en el presente trabajo sólo nos limitaremos a desarrollar lo siguiente: *la declaración de la víctima cómo única prueba de cargo y declaración testimonial de menores de edad en el proceso penal en casos de abuso sexual*, conforme a lo desarrollado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

2. La declaración de la víctima como única prueba de cargo

2.1. ¿La declaración de la víctima puede ser considerada como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia?

La declaración de la víctima como única prueba de cargo ¿es suficiente para enervar la presunción de inocencia? ¿tiene relevancia probatoria? En ese sentido, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, tenemos la STS 1556/2003, 17 de noviembre de 2003, del cual, se sostuvo lo siguiente: "*(…) 1. Que el Tribunal Constitucional y esta misma Sala de casación han señalado con insistencia que* ***la declaración de la víctima, practicada con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical, y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del Juez para la determinación de los hechos*** *(véase STC de 28 de octubre de 2002 y las que en ella se citan). De manera que el testimonio de la víctima prestado con todas las garantías constitucionales y procesales constituye una actividad probatoria suficiente que por sí sola sirve para fundamentar la condena. (…)* ***la declaración incriminatoria del testigo, aunque sea la única prueba de cargo, es suficiente por sí sola para***

enervar la presunción de inocencia".[1]

En esa misma línea, se tiene la STS 1263/2006, 22 de diciembre de 2006, del cual, el Tribunal Supremo, estableció lo siguiente: "***La declaración de la víctima puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible, s****egún ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional.* ***Pero debe ser valorada con cautela, pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión, máxime cuando su testimonio es la noticia del delito y con mayor razón aun cuando se persona en la causa y no solo mantiene una versión determinada de lo ocurrido, sino que, apoyándose en ella, sostiene una pretensión punitiva"****.*[2]

De otro lado, es importante mencionar que, la presunción de inocencia se encuentra amparada en el art. 24, inciso 2. de la Constitución Española, estableciendo lo siguiente: "*todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*".[3]

En ese contexto, el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, es uno de los principales pilares del debido proceso, fundamentándose en el derecho de la dignidad humana como el principio *pro homine*, bajo la presunción *iuris tamtum*, es decir, si no se logra acreditar u probar fehacientemente la responsabilidad penal de una persona, se presume su inocencia ante la sociedad.

Así, el Tribunal Constitucional Español, mediante STC 31/1982, de 28 de julio 1981, estableció que para desvirtuar la presunción de inocencia se requiere: *a)* suficiente actividad probatoria; *b)* producida con las garantías procesales; *c)* que pueda considerarse de cargo; *d)* de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado; *e)* que se haya practicado en el juicio.

De lo expuesto, a pesar de la reiterada Jurisprudencia sostiene que la sola declaración de la víctima es suficiente para enervar la presunción de ino-

1 STS 1263/2006, 22 de diciembre de 2006. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 995/2006.

2 STS 1263/2006, 22 de diciembre de 2006. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 995/2006.

3 Constitución Española. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S.M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

cencia del denunciado, imputado, acusado (depende de la etapa de proceso penal en la que se encuentre para especificar su condición a los sujetos procesales), no obstante, existen riesgos inherentes al valor probatorio de la declaración de la víctima cuando es única prueba, tal como lo desarrollaremos en el siguiente acápite.

2.2. ¿La declaración de la víctima puede ser la única prueba que acredite la existencia de un hecho?

El Tribunal Supremo, estableció cuándo la declaración de la víctima puede ser considerada como una prueba válida de cargo y, por ende, ser considerada como certera y creíble para acreditar la existencia de un hecho, así como, descartar motivaciones espurias derivadas de sentimientos de odio, venganza, rencor, etc., detrás de la denuncia y declaración de la víctima.

Bajo ese contexto, la doctrina jurisprudencial mediante STS 1029/1997, 29 de diciembre de 1997[4], estableció lo siguiente: "*(…) para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que* ***el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva,*** *derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre;* ***2º) verosimilitud,*** *es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 LECrim); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho;* ***3º) persistencia en la incriminación****: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (…)*".

Posteriormente, se tiene la STS 269/2014[5], 20 de marzo de 2014, siendo que, el Tribunal Supremo, en su fundamento jurídico primero, señaló: "*(…) el control casacional* ***no puede limitarse a la mera constatación formal de que dicha declaración es hábil para ser valorada como prueba de***

4 STS 1029/1997, 29 de diciembre de 1997. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 832/1996.

5 STS 269/2014, 20 de marzo de 2014. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de la Penal. Rec. 1845/2013.

cargo, sino que va más allá, verificando la racionalidad del proceso de decisión que fundamenta la condena, como también sucede, por ejemplo, en los supuestos de prueba indiciaria. (…)la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, 2º) verosimilitud; 3º) persistencia en la incriminación"[6]**.**

De lo expuesto, estos criterios supra señalados por el Tribunal Supremo Español, no puede ser considerado como regla legal a efectos de valorar la prueba, siendo que, no existe un sistema de prueba tasada, sino pautas de valoración establecidos en el art. 714 y 717 LeCrim. Por lo que, es menester señalar que, si la declaración de la víctima supera estos tres criterios, no implica obligatoriamente que tendrá valor incriminatorio, sino sólo podrá ser considerado como medio de prueba.

2.3. La posición de la víctima como testigo: ¿desnaturaliza su verdadera posición como víctima en el proceso penal?

Conforme a lo establecido por el Tribunal Supremo, la posición de la víctima en calidad de testigo desnaturaliza su verdadera posición en el proceso penal, siendo que, la víctima es quien recae y/o recibe directamente la lesión a su bien jurídico penalmente protegido, en pocas palabras es el sujeto pasivo, no un testigo tercero o indirecto que percibió de manera externa o fue testigo de un hecho ilícito.

Al respecto, cito la STS 282/2018, de 13 de junio de 2018[7], del cual, se estableció lo siguiente: "Es *preciso poner de manifiesto que, en este caso,* ***las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos, como fueron los padres, pero que no son las víctimas directas del hecho. (…) la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien "ha visto" un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categoriza-***

6 Véase en: STS 1505/2003, 13 de noviembre y STS 672/2011, 29 de junio.

7 STS 282/2018, 13 de junio de 2018. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 10776/2017.

ción probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, *como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido.* (énfasis y subrayado nuestro)

3. Declaración testimonial de menores de edad en el proceso penal

3.1. La prueba preconstituida y anticipada en el marco de protección del menor en el proceso penal

La prueba preconstituida es una prueba ajena - o anterior- al proceso constituyéndose fuera del juicio oral, pudiéndose incorporar al mismo a través de prueba documental, asimismo, también son aptos para fundamentar una sentencia de condena, siempre y cuando se cumpla los siguientes requisitos de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2001, de 18 de junio. De otro lado, la prueba anticipada se produce dentro del proceso antes del Juicio Oral –en fase sumarial o parte del atestado susceptible de contener informes, dictámenes-, como prueba pericial según el art. 467 de LECrim, no se considera Prueba Anticipada al reconocimiento fotográfico, ni la de rueda de conocimiento, esto es, por la imposibilidad de reproducirla –carácter irrepetible- en el Juicio Oral.

En efecto, la prueba preconstituida y la prueba anticipada son una excepción a la regla general de la prueba; puesto que, ostentan la calidad de "prueba" etapas previas a la de una prueba ordinaria, pues, para la obtención de dicha personalidad jurídica es necesario llegar a una determinada etapa el proceso – juicio oral-, en el que mediante instituciones jurídicas procesales se hace una filtración de los elementos que se tienen para posteriormente ostentar dicha calidad.

Así tenemos la STC 82/1992, de 28 de mayo, recaído en su fundamento jurídico segundo, lo siguiente: "*2. (…) únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral (…) pues como excepción a la expresada regla general este Tribunal reconoce los casos de prueba anticipada y preconstituida*"[8]. En ese sentido, ambas pruebas tienen el común denominador que son prácticas antes del juicio oral; del mismo modo que, obtienen valor probatorio. Como bien hemos mencionado estas pruebas son excepcionales a la regla general; por lo que, deberán existir circunstancias que las ameriten. Al respecto, cito la STC 323/1993, de 8 de noviembre en su fundamento jurídico segundo, señala: "*2. cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, o cuando por uno u otros motivos los testigos que han depuesto durante las diligencias de instrucción*

8 Sentencia 82/1992, de 28 mayo (BOE núm. 157, de 01 de xullo de 1992).

no pueden comparecer en el acto de la vista, si tales declaraciones figuran en autos vertidos con las debidas garantías es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituída (…)[9]"

La diferencia entre prueba preconstituida y prueba anticipada, al respecto cito la STS 2679/2019 (Fs. 28) ha establecido: "*A diferencia de la Prueba Preconstituida, que se practica con todas las garantías del derecho a la defensa ante el Juez instructor y que puede valer posteriormente como prueba de cargo en el plenario, la prueba anticipada se practica por el mismo tribunal que va a celebrar el plenario, pero con anterioridad, en vista de determinadas circunstancias que concurren en los hechos y que se prevé que puedan impedir la comparecencia del testigo*"[10].

Bajo ese contexto, la diferencia de estas pruebas radica en el objeto, por un lado, la prueba preconstituida tiene como objeto aquellas pruebas documentales y que podrá ser practicada por la policía o fiscal; de otro lado, la prueba anticipada esta direccionada a las pruebas testificales y periciales que siempre serán actuadas por el Juez que se rige bajo el principio de exclusividad jurisdiccional.

En ese sentido, citando a SOTOCA, MUÑOZ, GONZÁLEZ y MANZANERO[11], en el marco de protección del menor en el proceso penal, han sostenido lo siguiente: "***a lo largo de este trabajo se va a abordar la prueba preconstituida, también denominada en ocasiones anticipada, como forma de dar un paso más dirigido a conseguir que la primera declaración del menor ante el Juez de Instrucción se articule como prueba que evite la reiteración de declaraciones en varias instancias de los hechos de los que ha sido víctima,*** *existiendo algunas voces en el ámbito judicial que ya han apuntado la necesidad de articular una nueva reforma legal de la LECrim en este sentido, o, al menos, que se haga extensivo un protocolo poniendo en marcha esta sistemática*[12]***, con el máximo respeto a los principios de inmediación y de contradicción***".

3.2. La prueba preconstituida y su incorporación al juicio oral

9 Sentencia 323/1993, de 8 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1993)..

10 Sentencia del Tribunal Supremo sede Madrid. Sala de lo Penal 2679/2019..

11 Sotoca, A., Muñoz, J. M., González, J. L., y Manzanero, A. M. (2013). La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica. La Ley Penal, 102, pp. 112-122.

12 Magro, V. (2008). Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos contra la libertad sexual. Diario La Ley, nº 6972, Sección Doctrina. Año XXIX, Ref. D-193. La ley, 23259/2008..

De conformidad a lo mencionado anteriormente, la prueba preconstituida, se puede entender como aquella anterior y ajena al proceso, constituyéndose fuera del juicio oral, pudiéndose incorporar al mismo mediante la prueba documental. En ese sentido, en la STS 1375/2009, de 28 de diciembre de 2009, señalo lo siguiente: "*(…) La prueba preconstituida supone el sacrificio de la inmediación y es practicada ante el juez de Instrucción, no el tribunal juzgador. La inmediación desaparece así al menos en su aspecto espacio-temporal, quedando reducida a la percepción que del soporte en que la prueba se documente y refleje*". Del cual, nos plantemos la siguiente pregunta ¿Puede incorporarse la prueba preconstituida al juicio oral? En ese sentido, para que la prueba preconstituida se considere prueba válida y eficaz es el relativo a su incorporación al acto del juicio, pues sin esa actividad incorporada, sólo se estaría como una diligencia que figura en la causa, pero sin relevancia probatoria, al no haber sido expuesta como medio de prueba en el plenario.

En ese sentido, las formalidades a que debe someterse la incorporación o introducción en el juicio oral de la prueba preconstituida, se tiene de conformidad con el artículo 730 de la LECrim, que señala lo siguiente: "***Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas, independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral y las declaraciones recibidas*** *de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección*".

De lo expuesto, la única forma de invocar esas diligencias constitutivas de prueba preconstituida para que sea considerado como prueba válida y evaluable en el juicio oral, es la lectura o reproducción de los folios o soporte en que figura documentada en las actuaciones. En ese contexto, el valor que haya de producir la prueba preconstituida en el juicio en que se practica está sometido a las reglas generales de valoración probatoria que rige en la normativa del proceso penal; por tanto, será el Tribunal quien deberá determinar su eficacia probatoria en función del resultado de la misma y de su examen conjunto con el acervo probatorio que se haya practicado en el juicio oral. Por lo tanto, para que sea aplicable u ostenta la calificación de prueba preconstituida, solo será aquella que ha sido traída al juicio oral con las formalidades legales –ut supra mencionadas- esto es, dando lectura o reproducción al soporte que las contiene, generalmente el folio del sumario en que se documenta o bien al soporte al efecto adicionado.

Ahora bien, ¿la prueba preconstituida es eficiente ante un supuesto abuso sexual infantil?, en ese sentido, citamos a SOTOCA, MUÑOZ, GON-

ZÁLEZ y MANZANERO[13], que señalaron la existencia de dos objetivos fundamentales, que son: *(i)* proteger el testimonio del menor, en aras de obtener la verdad material[14] y, *(ii)* evitar la re-victimización (victimización secundaria) del menor por su paso en el proceso penal, salvagurdando el interés superior del niño. No obstante, también señalaron lo siguiente: "*Sin embargo, existen diligencias sumariales de imposible reproducción en el Juicio Oral*[15] *por razón de su intrínseca naturaleza o aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, que ya se prevé en la fase sumarial que no van a poder practicarse en el Juicio Oral, como* ***es el caso de la imposibilidad de comparecencia de un testigo, siendo necesario realizarse ante el Juez de Instrucción en lo que se denomina prueba preconstituida o anticipada en sentido impropio.***[16] *Este supuesto* ***se tiene en cuenta en el procedimiento abreviado (art. 777 de la LECrim) y en el ordinario (arts. 448 y 449 de la LECrim), y la inmediación se garantizaría, aunque parcialmente, mediante el soporte en el que la prueba preconstituida se documente***[17]***.*** *Evidentemente* ***para que esta prueba tenga validez es imprescindible que también se respete el principio de contradicción ante las partes,*** *dando la oportunidad al abogado de la defensa*[18] *para que formule al testigo o víctima las preguntas que considere pertinentes.*

De otro lado, se tiene el Circular 3/2009, de 10 de noviembre[19], sobre protección de los menores víctimas y testigos –doctrina de la Fiscalía General del Estado-, del cual, en el numeral 3.1.3., se señala que, para realizar o acudir a la preconstitución probatoria y evitar probabilidad de sufrir grave daño psicológico al menor, se debe acreditar:

- Informe pericial o de cualquier otro medio probatorio, conforme a la STS N° 332/2006, de 4 de marzo, del cual, el Tribunal sostuvo lo siguiente: "*Por su parte, como ya vimos, el párrafo segundo del art. 707 de la LECr .*

13 Sotoca, A., Muñoz, J. M., González, J. L., y Manzanero, A. M. (2013). La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica. La Ley Penal, 102, pp. 112-122.
14 Gisbert, M. (2011). La preconstitución de la prueba y el testimonio de referencia. En M. F. Alcón y F. de Montalvo (Coords): Los menores en el proceso judicial (pp. 139-157). Madrid: Técnos.
15 Gimeno, V. La prueba preconstituida de la Policía Judicial. Revista Catalana de Seguretat Pública, 23(2), 2010, pp. 37-67
16 La denominación "prueba anticipada en sentido propio", refiere a las diligencias de prueba que no se realicen antes de las sesiones del Juicio oral, pero sí, ante el Tribunal Juzgados, bajo el principio de inmediación.
17 El art. 777 LECrim señala que se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o bien por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes".
18 Con la presencia del letrado del imputado no se produce indefensión, conforme a la doctrina fijada del Tribunal Supremo, además, deben estar presentes el Juez de Instrucción, asistido de Secretario Judicial y presencia del Ministerio Fiscal.
19 Circular 3/2009, de 10 de noviembre. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Referencia: FIS-C-2009-00003.

(introducido por la LO 14/99 de 9 de junio) prescribe que ***cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial,*** *acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado,* ***utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba"****.*

- Que el niño sea muy pequeño y en el intervalo del tiempo entre la primera declaración y fecha de juicio oral pueda afectar la calidad de su relato, en ese sentido, se cita a la STS N° 1582/2002, de 30 de septiembre que refiere cuando la víctima es un menor de edad "***su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio oral en que la prueba se practica ante el Tribunal, máxime cuando, como no es anormal, ha transcurrido un período dilatado de tiempo entre los hechos, su denuncia y su enjuiciamiento***"

3.3. La validez y valor probatorio del testimonio de referencia en casos de abuso sexual

La determinación del valor probatorio de las diligencias sumariales, de conformidad con la jurisprudencia –especialmente la del Tribunal Constitucional-, son válidas para destruir la presunción de inocencia del acusado las pruebas practicadas o realizadas en el juicio oral, ante el Tribunal sentenciador, de acuerdo a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contraindicación (arts. 24.2 y 120 C.E. y art. 741 LECrim) siempre –en todo caso- que dichos medios probatorios hayan sido traído al proceso sin vulnerar o violentar derechos o libertades fundamentales del justiciable.[20]

En ese sentido, es de advertir que el propio TC tiene declarado que, si bien las diligencias sumariales son actos de investigación (art. 299 LECrim) y no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, ello no comporta en modo alguno que, en orden a la actividad probatoria, deba negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos. Pues, de una parte, cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia[21].

20 Sentencia 31/1981, de 28 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981)
21 Sentencia 80/1986, de 17 de junio (BOE núm. 159, de 04 de julio de 1986)

Por otro lado, cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el art. 730 de la LECrim., esto es, solicitando su lectura en el juicio oral[22] "puesto que~ estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando -en estos casos- la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa"[23]

Ahora bien, es oportuno señalar que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado -mediante su jurisprudencia- que la sustitución del testigo directo por uno indirecto sin la debida justificación de su inasistencia es contraria al artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos; es por esa razón que, la cuestión no se centra en las posibilidades de valorar una determinada prueba como elemento de cargo, sino en la legitimidad de su uso en lugar del testigo directo. Por tanto, si está debidamente justificada su utilización, el testigo directo será efectivamente sustituido y se tendrá en cuenta la prueba como válida (esto ocurre solo en casos de imposibilidad o extrema dificultad para conseguir la presencia del testigo en el juicio oral).

Es así que, de conformidad con el artículo 710 de la LECrim, ha establecido lo siguiente: "***los testigos*** *expresarán la razón de su dicho y,* ***si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado***". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha decantado por señalar que la prueba testifical de referencia se puede constituir como medio de prueba, sin embargo, no puede sustituir o desplazar la prueba testifical directa, salvo en casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo. Cabe señalar que, una vez aceptada –como medio de prueba- deberá ser valorada por el órgano juzgador –como cualquier otro prueba-. Para el Tribunal Supremo, ha señalado que la prueba testifical de referencia es como "una fuente mediata de posible conocimiento, que declara, no sobre el hecho procesalmente relevante, sino sobre la versión del mismo que alguien podría haberle suministrado, de manera que, primero, solo cabría acudir a la testifical de referencia cuando no sea posible escuchar al testigo directo, segundo, se trata de una prueba que carece por sí sola de aptitud para destruir la presunción de inocencia"[24].

22 Sentencia 80/1986, de 17 de junio (BOE núm. 159, de 04 de julio de 1986)
23 Sentencia 62/1985, de 10 de mayo (BOE núm. 134, de 05 de junio de 1985)
24 Sentencia 703/2012, de 28 de septiembre de 2012. Sala de lo Penal, Sección 1, Rec. 10218/2012

Sin embargo, existe sentencias donde el Tribunal Supremo, recalca la validez probatoria del testimonio de referencia –válido y eficaz-, señalando lo siguiente: "*(…) En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala al declarar la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo.*[25] *Concurriendo dicha imposibilidad el testigo de referencia puede válidamente constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria (…)*"

Bajo esa misma línea, el Tribunal Supremo señaló lo siguiente: "*El valor del testimonio de referencia es ciertamente limitado por la naturaleza del hecho mismo sobre el que se testimonia: En efecto la percepción sensorial del testigo de referencia no alcanza al hecho sucedido, que no presenció, sino al hecho de su afirmación o narración por parte del testigo directo. En el caso de ser aquél totalmente veraz lo único que puede, por sí solo, acreditar es la realidad y certeza de aquella narración en cuanto relato sucedido y realizado por alguien, no en cuanto al hecho mismo relatado. Pero ese relato, ciertamente hecho, por el testigo directo, cuando se une a datos objetivos que corroboran rigurosamente lo afirmado* ***por él testigo de referencia, puede constituir prueba bastante para asentar como cierto y verdadero el relato mismo***".[26]

Por último, se tiene, en la Sentencia 217/89 de 21 de diciembre, que estableció lo siguiente: "*La prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia -excepto para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabras: art. 813 LECrim., sino que se requiere que se haga constar tal circunstancia, por lo que exige precisar el origen de la noticia en virtud de la cual comparece en el proceso.(…) En algunos supuestos de percepción propia,* ***la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa***".

Ahora bien, en cuanto a los testigos de referencia en casos de menores víctimas de agresión sexual, el Tribunal se ha pronunciado mediante STS 429/202, 8 de marzo de 2002[27], del cual, señaló: "*a excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente,* ***los testimonios de referencia puedan sustituir a los directos debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos***

25 Véase en: STS de 12 de julio de 1996 y STS de 10 de febrero de 1997.
26 STS 821/2009 de 29 de junio. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 2506/2008.
27 STS 428/2002, 8 de marzo de 2002. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 1544/2000.

fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables".

En ese sentido, también se tiene la STS 332/2006[28], 14 de marzo de 2006, señalando lo siguiente: *"(…) 4. Como indica la STS núm. 53/96, de 30 de enero, rec. 564/95 -en un supuesto en que el menor, víctima también de agresión sexual, tenía unos 7 años de edad, había declarado en el sumario y el Ministerio Fiscal había solicitado que se ratificara en la Vista- "****no se discute la validez de los testigos de referencia, pero su inclusión entre el material probatorio hay que realizarla con cautela y siempre a expensas de que su testimonio pueda y deba ser contrastado con el testigo directo cuando su presencia****, como sucede en el caso presente, es* ***perfectamente factible*** *a nada que se hubieran tenido en cuenta las peticiones del Ministerio Fiscal suficientemente conocidas por la Sala sentenciadora*".

4. Conclusiones

La declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo siempre y cuando no se evidencia motivaciones espurias derivadas de sentimientos de odio, venganza, rencor, etc., en declaración de la víctima. Asimismo, para que sea considerada válida debe cumplir los tres requisitos: ***i)*** ausencia de incredibilidad subjetiva, ***ii)*** verosimilitud; ***iii)*** persistencia en la incriminación. No obstante, no puede ser considerado como regla legal a efectos de valorar la prueba, sino pautas de valoración establecidos en el art. 714 y 717 LeCrim. Al respecto, si la declaración de la víctima supera estos tres criterios no implica obligatoriamente que tendrá valor incriminatorio, sino sólo podrá ser considerado como medio de prueba.

La declaración testimonial de menores de edad en el proceso penal en casos de abuso sexual, se tiene que, tanto en la prueba preconstituida y anticipada, proteger al menor y evitar la victimización secundaria. De otro lado, el testigo de referencia, solo se acudirá cuando no es posible escuchar al testigo directo, y es una prueba que no destruye la presunción de inocencia.

28 STS 332/2006, 14 de marzo de 2006, Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal. Rec. 1296/2004.

Vacío legislativo frente a infracciones al principio de congruencia en el control acusatorio regulado por el Nuevo Código Procesal Penal*

Katheryn C. La Madrid Hermoza**
Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Desarrollo dogmático y jurisprudencial frente al principio de congruencia advertido en el control acusatorio / 2. ¿Cómo se lesiona e infringe el principio de congruencia? / 2.1. Aspectos conceptuales / 3. ¿Qué deberá realizar el Juez de Investigación Preparatoria frente a infracciones al principio de congruencia? / 4. ¿Qué sucedería si nos encontramos frente al escenario que el Juez devuelva el Requerimiento Acusatorio por defectos formales y no por congruencia? / 5. Conclusiones / 6. Propuestas y/o recomendaciones.

RESUMEN

El presente trabajo versa de los mecanismos de defensa que se interponen ante un requerimiento acusatorio y su falta de regulación, exactamente, en el control formal. Se sabe que, en un control formal se discuten dos puntos importantes el cuales son: 1) imputación necesaria y 2) el principio de congruencia. Estos mecanismos de defensa se encuentran estipulados en el Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116. Sin embargo, en el Código Procesal Penal, solo regula el proceso de un control formal en su vertiente de imputación necesaria el cual señala que ante la observación planteada por la defensa la acusación será devuelta al Representante del Ministerio Publico para corregir los defectos por un plazo de cinco días. No haciendo mención alguna, ante la observación planteada por el principio de congruencia,

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogada por la Universidad San Martín de Porres, en la especialidad de Derecho Penal; y Asistente Legal – abogada penalista en el Estudio Jurídico Portugal Sánchez & Abogados EI.R.L. klamadridhermoza.abogada @gmail.com

dando a entender que, el principio de congruencia puede ser resuelto en la misma audiencia preliminar o como no, afectándose de esta forma el derecho a la defensa.

Palabras claves.

Etapa intermedia; 2) Control de acusación; 3) Principio de Congruencia; 4) principio de imputación necesaria y suficiente; 5) vacío legislativo.

1. Introducción

Desde la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal incorporado en el año 2004 y aplicado distrito por distrito judicial progresivamente, surgieron cambios novedosos a comparación con el Código de Procedimientos Penales, esto es, la incorporación de una etapa antes no vista, la etapa intermedia en el proceso penal.

La etapa intermedia actualmente en el proceso penal es un filtro procesal entre la investigación del Representante del Ministerio Publico y el juicio oral, en esta etapa, se discute si la investigación realizada cumple la calidad necesaria para pasar a un juicio, caso contrario, se emitirá el auto de sobreseimiento.

Asimismo, dentro de la etapa intermedia existe dos puntos materia de discusión el cuales son: 1) El control formal y 2) el control sustancial. En el primero, se dividen en dos puntos adicionales el cuales son: 1) imputación necesaria y 2) principio de congruencia. En el segundo punto se discuten temas relacionados al fondo del caso en concreto, excepción de naturaleza de acción, el sobreseimiento, determinación de pena y control probatorio.

El control formal tiene una finalidad de evaluar la investigación realizada por el fiscal, como también, pulir la acusación para ser actuada en juicio. Esta etapa tiene sus propias regulaciones para llevarse adecuadamente sin vulnerar derechos fundamentales, pese a ello, el legislados en algunos mecanismos procesales a omitido en pronunciarse como en el caso de control formal en su vertiente de afectación al principio de congruencia, el cual, no es regulado en el Código Procesal Penal como si lo es ante el planteamiento del control formal en su vertiente de imputación necesaria.

Carencias como esta dificultan realizar un control de legalidad de un requerimiento acusatorio por parte del juez de investigación preparatoria quien no puede decidir acorde a derecho por la falta de regulación ante las observaciones formales del principio de congruencia, debiendo interpretarlas conforme lo estipula ante el control formal de imputación necesaria, esto es, la devolución de la acusación para su corrección de la omisión o de

los defectos.

El presente trabajo tiene como finalidad demostrar que ante omisiones legislativas el juez debe optar en velar los intereses a favor del imputado en respeto al principio pro homine.

2. Desarrollo dogmático y jurisprudencial frente al principio de congruencia advertido en el control acusatorio

2.1 Aspectos conceptuales

El principio de congruencia se manifiesta específicamente en el control formal de la acusación, llevada a cabo en la etapa intermedia del nuevo proceso penal peruano, la cual consiste, como menciona el profesor SALINAS SICCHA, en el conjunto de actos procesales en los cuales se discuten preliminarmente las condiciones de forma y de fondo de los requerimientos efectuados por el titular de la acción penal. (Salinas Siccha, 2014)

Es crucial entender la importancia y la razón de ser de la etapa intermedia, pues, como menciona el maestro Alberto BINDER, esta se funda en la idea que los juicios orales para ser exitosos deben prepararse en forma conveniente de modo que solo se pueda llegar a ellos después de realizarse una actividad responsable por parte de los sujetos del proceso incluido el tercero imparcial, es decir, el Juez, y en este caso, el Juez de la investigación preparatoria.

Siendo así, que esta etapa intermedia, como muchos llaman: etapa de saneamiento procesal, tiene como finalidad preparar a los sujetos procesales para llegar a juicio oral, y lo más importante, constituir un filtro mediante el cual, únicamente pasará a juicio oral lo que al juzgador le genere convicción, luego de oír – en audiencias preliminares al juicio oral - los fundamentos fácticos y jurídicos esgrimidos por el representante del Ministerio Público, defensa técnica, y de existir en el proceso, el del actor civil y tercero civilmente responsable; así también, depurar las controversias respecto a los medios probatorios que serán actuados en juicio oral; sólo así, luego de generarse tal convicción, el Juez podrá emitir el auto de enjuiciamiento, de lo contrario, podrá sobreseer el proceso, incluso de oficio, sin que el abogado defensor lo solicite.

El control de acusación formal se protege el derecho de defensa no solo a través de la vigilancia de una imputación clara y precisa, sino también en orden al respecto del principio de congruencia consagrado en el artículo 349° inciso 2, el cual obliga al fiscal que su acusación no sobrepase los términos de los hechos que fueron materia de formalización de la inves-

tigación. Consideramos que el fundamento constitucional y convencional de esta disposición se encuentra en el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas. (Ramos, 2016.)

La congruencia, por su especial característica y principalmente por abarcar todo el proceso, no puede fundarse en un principio determinad, sino que por el contrario descansa en todos los principios que informan el proceso. (Dominguez, 1969)

En ese sentido, el principio de congruencia se invocará y analizará en momentos en los que el persecutor del delito, emita el requerimiento acusatorio respectivo, mediante el cual comunica al Juez de la investigación preparatoria, las razones fácticas y jurídicas fundadas, por las que se tiene certeza de la comisión de un delito; seguidamente, luego de ser ello comunicado a los sujetos procesales, estos podrán realizar su evaluación sobre dicho requerimiento. Siendo defensa técnica, podrá realizarse observaciones formales y sustanciales a dicho requerimiento, a través de las denominadas audiencias de control.

Respecto a las observaciones formales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 350° del CPP, en el plazo de diez días, los sujetos procesales podrán observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo al Juez de investigación preparatoria, sea devuelta para ser corregida. En dichas observaciones, se deberá advertir infracciones a la imputación necesaria y suficiente, en concordancia con el artículo 349° literal b), la misma que exige lo siguiente: "*La relación clara y precisa de hechos que se atribuyen al imputado, con sus circunstancias concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos*".

Como menciona Luis Fernando IBÉRICO CASTAÑEDA, respecto al control formal: "*El control formal de la acusación implica que el Juez de Investigación Preparatoria debe verificar que la acusación del Ministerio Público cumpla con todos los requisitos de admisibilidad y procedencia común a todo acto postulatorio, que pasa por comprobar que el accionante haya cumplido con las formalidades correspondientes*" (Ibérico Castañeda, 2017).

Por otro lado, respecto al control sustancial de la acusación fiscal, el mencionado autor señala que: "*sólo subsanados los defectos de forma acotados por el Juez de Investigación Preparatoria, y este haya declarado saneado la acusación en cuanto a su admisibilidad, el paso siguiente es el control sustancial o material de la acusación, que implica determinar si la causa propuesta por el fiscal a través de su acusación amerita o no un auto de enjuiciamiento o uno de sobreseimiento*" (Ibérico Castañeda, 2017). En ese sentido, DEL RÍO LABARTHE sostiene que "*en el control sustancial de la acusación, el órgano jurisdiccional fiscaliza*

la procedencia de las razones en las que se apoya la petición de condena, es decir, la razonabilidad de los elementos de la pretensión procesal, al punto que dicho control puede conducir incluso a una resolución anticipada del conflicto sin un debate previo; el juicio, al que ha instado el Ministerio Público como lugar natural para resolver la controversia".

Pues bien, en el presente artículo, únicamente nos referiremos a lo manifestado en el control formal de la acusación, puesto que dentro de este, se discute la concurrencia de dos requisitos a fin de ser superado dicho control, nos referimos a: 1) el cumplimiento del principio de congruencia entre los hechos, delitos y personas con las cuales se emitió la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, en contraste con el Requerimiento Fiscal Acusatorio; y, 2) posteriormente, luego de verificarse el cumplimiento de congruencia, verificarse el cumplimiento al principio de imputación necesaria.

Luis IBÉRICO CASTAÑEDA, señala que, además de los dos requisitos mencionados, existe la debida motivación de la acusación, teniendo que ser clara, coherente y sobre todo no puede ser contradictoria; tres requisitos en total, que constituirían requisitos de admisibilidad.

De verse afectados o verificado algún defecto en la acusación por la ausencia de alguno de estos requisitos, motivan a que el Juez de Investigación Preparatoria ordene a la Fiscalía correspondiente, a subsanar los errores, ello en cumplimiento del artículo 352.2 del Código Procesal Penal, que establece lo siguiente:

> *"Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y* ***suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto,*** *luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el Fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal, en caso contrario resolverá el Juez mediante resolución inapelable".*

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, ha desarrollado en su jurisprudencia, el principio de congruencia en el control judicial, específicamente, en el control formal de la acusación, manifestando en el fundamento 6.4 de la Casación 215-2011 – Arequipa, lo siguiente:

> *"Lo esencial de la acusación está referida al hecho punible (elemento objetivo) y a la persona (elemento subjetivo) objetivo del proceso penal,* ***de-***

> ***biendo existir congruencia o identidad procesal*** *de estos elementos entre el acto inicial de ejercicio de la acción penal, la* ***disposición de formalización de la investigación preparatoria****, el acto de concreción de la pretensión, la* ***acusación****, y el acto resolutivo de la pretensión penal, la sentencia".*

Debemos acotar que, este principio de congruencia realmente se logra manifestar en dos momentos exactos:

a) Un primer momento se presenta entre la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, y el Requerimiento Acusatorio, siendo que en este último, no deberá ni podrá contener hechos adicionales no contenidos en la Formalización de la investigación; tampoco podrá agregar calificaciones jurídicas o delitos de distinta naturaleza que por los que formalizó (aquí existen excepciones que logran incorporar delitos por ser homogéneos y por tratarse de bienes jurídicos semejantes); así como tampoco se podrá incorporar investigados, es decir, únicamente podrá acusarse contra investigados por los cuales se Formalizó la investigación, ni uno más, ni uno menos.

b) Un segundo momento de congruencia, se presenta entre el Requerimiento Acusatorio y la Sentencia emitida por el juzgador; en lo referente a ello, la Corte Suprema, en el ACUERDO PLENARIO 4-2007/CJ-116, ha manifestado que debe existir correlación entre ambos. En este extremo, para advertir la vulneración al principio de congruencia, debe realizarse un procedimiento distinto.

En el presente artículo, nos enfocaremos al primer momento detallado, es decir, en la infracción al principio de congruencia existente, al momento en que esta es notificada a las partes procesales, y luego, al realizar el control formal del Requerimiento Acusatorio correspondiente, se advierten incongruencias con la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha desarrollado en su jurisprudencia en el caso FERMÍN RAMÍREZ Y OTROS VS.

GUATEMALA, lo equivalente al entendimiento del principio de congruencia, manifestando lo siguiente:

> *"Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la "acusación" en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la*

> *acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado "**principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia**" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación".*

En ese entendido, la congruencia fáctica y subjetiva que debe existir entre la acusación y la Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria, el Juez de Investigación Preparatoria debe verificar que el acusado sea la misma persona que fue objeto de investigación preparatoria y que los hechos materia de acusación sean los mismos que fueron objeto de dicha etapa procesal precedente. (Castañeda, 2017)

Ahora, es preciso preguntarnos **¿Hasta cuándo la Fiscalía podría incorporar hechos?** Para responder la interrogante, debemos primero tener en claro la duración de la Investigación Preparatoria, es decir, el momento en que esta inicia y concluye.

Para ello, recurrimos a la jurisprudencia de la Corte Suprema, específicamente en la Casación 613-2015-Puno mediante la cual ha establecido que la Investigación Preparatoria Formalizada culmina con la Disposición de Conclusión de la Investigación Preparatoria. En ese sentido, debemos tener claro que la respuesta a la interrogante es que puede incorporarse hechos durante el tiempo que dure la investigación preparatoria, es decir, se puede incorporar hechos hasta antes que Fiscalía emita la Disposición de conclusión de la Investigación Preparatoria, con un tiempo razonable que permita a la defensa poder oponerse a los hechos incorporados, en virtud a las garantías procesales que posee todo investigado, asimismo, la defensa técnica, podrá ofrecer elementos de descargo, a fin de contradecir los hechos que podrían haberse incorporado.

Otro momento en el que se puede incorporar hechos es en la etapa de juicio oral, es decir, cuando luego de superados los controles formal y sustancial, se puede ofrecer prueba nueva, en concordancia con el artículo 373° inciso 1[1] del Código Procesal Penal; asimismo, en reexamen, es decir, volviendo

1 **Artículo 373°.- Solicitud de nueva prueba**

1. Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Sólo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con

a analizar el medio probatorio admitido pero no valorado, ello en cumplimiento del artículo 373° inciso 2[2] del mismo cuerpo legal.

3. ¿Cuándo se lesiona o infringe el Principio de congruencia?

Uno de los escenarios en los que se puede lesionar el principio de congruencia, es cuando el Fiscal, agrega hechos, personas y/o calificaciones jurídicas (delitos), en su Requerimiento Acusatorio, sin que esto se encuentre contemplada en la investigación llevada a cabo durante el tiempo de investigación, más precisamente, en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria. Esto incluye, claramente, los plazos prorrogables por parte del Ministerio Público, es decir, todo aquello que haya sido investigado hasta antes de concluida la investigación preparatoria.

El fundamento legal a través del cual se puede invocar la lesión o infracción al principio de congruencia es el artículo 349° inc. 2 del Código Procesal Penal, el mismo que menciona: "*La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de Formalización de la Investigación preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica*".

Para mayor entendimiento, se graficará a continuación un ejemplo del momento en que se configura una infracción al principio de congruencia luego de observado el Requerimiento Acusatorio por parte de los sujetos procesales, como se detalla:

DISPOSICIÓN DE FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	REQUERIMIENTO ACUSATORIO
Se le imputa a Juan Pérez, que en calidad de TÉCNICO JUDICIAL del Juzgado Penal de Ventanilla, solicitó directamente a la ciudadana María Del Carmen, la suma dineraria de S/1,000.00 soles con la finalidad de que el investigado realice actos en violación de sus obligaciones.	Se atribuye al acusado Juan Pérez, quien desempeñaba funciones como ASISTENTE JUDICIAL del Juzgado Penal de Ventanilla, el haber solicitado directamente a la ciudadana María Del Carmen, la suma dineraria de S/2,000.00 soles, con la finalidad que el investigado realice actos en violación de sus obligaciones.

Como se puede verificar del ejemplo graficado, se formaliza la investigación preparatoria contra Juan Pérez imputándole un hecho que habría

posterioridad a la audiencia de control de la acusación.

2 **Artículo 373°.- Solicitud de nueva prueba**
Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes

realizado en calidad de TÉCNICO JUDICIAL, entre tanto que, conforme abunda en los hechos postulados por Fiscalía, requiere ilícitamente a una ciudadana el monto de 1,000.00 soles; SIN EMBARGO, en los hechos detallados en el Requerimiento Acusatorio, posiblemente, luego de realizar las averiguaciones debidas, el persecutor del delito e investigador de los hechos, advierte que en la realidad, Juan Pérez NO POSEE DICHO CARGO, por lo que incurrió en error al momento de formalizar la investigación contra Juan, en calidad de Técnico Judicial, al advertir que su cargo fue el de ASISTENTE JUDICIAL. No bastando con ello, el monto que requiere supuestamente a dicha ciudadana es de 2,000.00 soles; por lo que, incurre en errores, entonces, ambos hechos postulados son INCONGRUENTES. Es decir, no podríamos pasar por alto dicha infracción, puesto que nos encontraríamos, o el Juez se encontraría aceptando una acusación, cuyos hechos no han sido materia de investigación, por lo que la defensa nunca conoció dichas bases fácticas.

Frente a esos escenarios en los cuales nos vemos sumergidos, **¿qué hacer? ¿Cuál sería la consecuencia a la infracción al principio de congruencia en la etapa intermedia del proceso penal?**

Si bien el Código Procesal Penal regula a través de su artículo 350° inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal, el Juez de Investigación Preparatoria ordenará la devolución de la acusación al Fiscal, con la finalidad que elimine a la persona, hecho o calificación jurídica (delito) agregado, que no haya sido materia de investigación.

Como se puede apreciar, a lo que hace referencia el artículo citado, es que el Juez de Investigación Preparatoria, cuando advierta defectos formales en la acusación - sin que la norma especifique qué comprendería dichos defectos formales - ordenará DEVOLVER dicha acusación, por contener defectos formales, dándole la posibilidad a la Fiscalía de realizar las subsanaciones correspondientes de acuerdo a lo observado por la defensa o defensas técnicas del o de los investigados.

Cuando se trata de infracciones al principio de imputación suficiente y necesaria, la norma sí regula específicamente dicha situación de infracción – aunque no con los términos exactos - y lo que el Juez de Investigación Preparatoria deberá hacer ante la advertencia de dicha infracción en el Requerimiento Acusatorio y/o Subsanación del mismo; ello conforme lo establecen los siguientes artículos:

> *"Artículo 349º del Código Procesal Penal.- Contenido*
>
> *La acusación será debidamente motivada y contendrá:*
>
> ***b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos"***.

Interpretándolo de forma conjunta con el siguiente artículo:

> *"Artículo 352° inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal:*
>
> *Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la* ***devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto,*** *luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el Fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal, en caso contrario resolverá el Juez mediante resolución inapelable".*

Como se puede apreciar, el literal b) del inciso 1 del artículo 349º del Código Procesal Penal, constituye una representación del principio de imputación necesaria y suficiente que debe existir en los hechos materia de acusación postulados por el representante del Ministerio Público al momento de postular su Requerimiento; pues, este constituye un defecto formal de la acusación, que frente a su existencia, remitiéndonos a la segunda norma citada (inciso 2 del artículo 352º del Código Procesal Penal), correspondería no sólo advertirlo y observarlo en el escrito de contestación a la acusación, sino que además, deberá exigirse al Juez de garantías, que suspenda la audiencia y ordene al Ministerio Público, subsane dichos defectos en su estructura de hechos materia de investigación.

Sin embargo, lo que en el desarrollo del control de acusación se advierte, es decir, durante la etapa intermedia, antes de observar lo mencionado, deberá necesaria y obligatoriamente corroborar la existencia del cumplimiento al principio de congruencia, verificando dicho requerimiento acusatorio, con la Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria, a fin de controlar la información que deberá ser materia de acusación, descartando todo aquello por lo que no se investigó.

4. ¿Qué deberá realizar el Juez de Investigación Preparatoria frente a infracciones al principio de congruencia?

Denotamos aquí, un vacío legislativo, puesto que no se ha regulado dicha situación. Lo que regula el legislador es que frente a observaciones formales, se devolverá y ordenará la subsanación de los errores existentes, sin embargo, la norma no hace referencia a la infracción al principio de congruencia.

5. ¿Qué sucedería si nos encontramos frente al escenario que el Juez devuelva el Requerimiento Acusatorio por defectos formales y no por congruencia?

Frente a esta situación, sería posible poder impugnar el auto que resuelve lo mencionado. Ahora, en caso de resolverse a través de audiencia, nos encontramos frente al derecho de interponer recurso de reposición; y si es a través de un auto, poder impugnarlo a través de un recurso de apelación para que sea la instancia superior quien resuelva la infracción al principio de congruencia.

Frente a interpretaciones difusas, se debe interpretar de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, la misma que establece lo siguiente:

> *"Artículo VII.- Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal*
>
> *1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.*
>
> *2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.*
>
> *3.* ***La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente.*** *La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.*
>
> *4. En caso de duda insalvable sobre la* ***Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo"****.*

Asimismo, debemos tener claro, entonces, que no se puede interpretar con analogía las observaciones formales con el principio de congruencia, porque antes de discutir observaciones formales, las partes procesales, deberán discutir la congruencia para que sea devuelta a la fiscalía en caso de existir dicha infracción. Una vez que se corrija la acusación errónea conforme a la detección de la o las incongruencias.

Es decir, previamente a advertir observaciones a defectos formales, deberá realizarse el análisis de congruencia, a fin de detectar la infracción a este principio, verificando los hechos, personas y delitos en etapa de investigación, y los que se encuentran en el requerimiento acusatorio.

6. Conclusión

Por todo lo desarrollado, podemos concluir que ante las situaciones señaladas, en las que se adviertan infracciones al principio de congruencia, incluso si esta se presenta de forma reiterativa, el Juez de Investigación Preparatoria deberá exhortar al Representante del Ministerio Público que subsane dichas incongruencias, sin embargo, no existe una exigencia normativa, en donde el legislador señale específicamente lo que deberá realizar el Juez de garantías frente a dicha infracción, pasando por alto las incongruencias advertidas, y continuando con la audiencia a fin de continuar con el control acusatorio; lo que claramente perjudica y lesiona el derecho de defensa de los investigados. Sin embargo, el Juez deberá resolver respetando las garantías constitucionales de los acusados.

7. Propuestas y/o recomendaciones.

La propuesta, a consecuencia de la situación advertida y desarrollada en la presente, es que a través de la elaboración de un proyecto de Ley, se regule la actuación judicial frente a la infracción al principio de congruencia, haciendo acotación que esta pertenece al control formal de la acusación fiscal, puesto que, incluso, deberá realizarse previamente a la verificación del cumplimiento del principio de imputación necesaria y suficiente. En ese sentido, el legislador deberá exhortar al juzgador, que DEVUELVA el requerimiento acusatorio frente a infracciones de incongruencia entre éste, y la Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria.

Nuestra recomendación frente a estas situaciones, es que se solicite al Juez de Investigación Preparatoria interprete de forma restrictiva la ley penal, asimismo, como se ha mencionado, es posible poder impugnar el auto, de presentarse dicha situación en audiencia, se podrá interponer recurso de reposición; y si es a través de un auto, poder impugnarlo a través de un recurso de apelación para que sea la instancia superior quien resuelva la infracción al principio de congruencia.

8. Bibliografía

Castañeda, L. F. (2017). *La etapa intermedia.*

Dominguez, M. S. (1969). *Estudios de Derecho Procesal Penales.*

Ramiro Salinas Siccha, J. S. (2014). *La etapa intermedia y resoluciones judiciales según el Código Procesal Penal del 2004*. Juez Superior Titular de Lima.

Ramos, B. E. (2016.). *Litigación Penal Manual de Aplicación Práctica del Proceso Penal Común.*

La "excepcionalidad" de la prisión preventiva y su impacto en el Sistema Penal*

Raquel Limay Chávez**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Estadísticas de la realidad penitenciaria peruana. / 3. Análisis porcentual de la población en los establecimientos penitenciarios del Perú. / 4. La supuesta "excepcionalidad" de la prisión preventiva. / 5. Los elementos de convicción para determinar la prisión preventiva / 5.1. El peligro procesal. / 6. El Acuerdo Plenario N.º 1-2019 / 6.1. Elementos jurisprudenciales para fundar la imposición de una prisión preventiva. / 7. La Casación N.º 631-2015. / 8. La Casación N.º 626-2013. / 9. La resolución administrativa N.º 325-2011-P-PJ. / 10. Reflexión Final.

1. Introducción

Para analizar si la medida de la prisión preventiva es o no es excepcional en un determinado país, debemos recurrir a las estadísticas. Actualmente, existen algunos países que tienen menor tendencia al empleo de esta medida tan gravosa; por ejemplo, Estados de Europa como Francia, Alemania o España poseen una población carcelaria cuyos porcentaje de procesados que no tienen una sentencia condenatoria está bordeando entre el 6% al 10% de su población carcelaria. Este aspecto no se puede apreciar en otros países. Normalmente, los países de Latinoamérica poseen cifras mucho mayores.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogada egresada de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con Máster Universitario en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Génova (Italia), Docente Universitaria en la Pontificia Universidad Católica en Teoría de la prueba, revisión e impugnación judicial, Asesora de investigación y autora de obras como "las máximas de la experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género y "Razones epistémicas y no epistémicas en la admisión de la prueba testifical en el proceso Penal Peruano".

En el caso del Perú, específicamente, las estadísticas que nos demuestran dicha información son proporcionadas por el INPE, el cual es menester analizar para obtener una revisión exacta del tema sub examine.

2. Estadísticas de la realidad penitenciaria peruana

A continuación, se puede observar un cuadro estadístico que nos proporciona el INPE, en el que se refleja la relación entre la cantidad de establecimientos, ya sea penitenciario o de medio libre, y el porcentaje que maneja el presente instituto.

CUADRO 1

Población Total: 138, 874.				
Establecimientos penitenciarios: 87,131		Establecimientos de Medio Libre: 51,743		
Procesados	Sentenciados	Liberados por semi-libertad condicional, Remisión condicional de la pena	Sentenciados a Penas Limitativas de derechos	Sentenciados a Medidas Alternativas
36,662	54,469	6,238	6,238	1,881

Nota: Información extraída de: Población Penitenciaria. Unidades de Registro Penitenciario. Adaptado de INPE/Unidad de Estadística.

Al respecto, el presente cuadro es tomado del INPE, más específicamente de la unidad estadística de la unidad de registro penitenciario. La fecha del cuadro referido es de enero del año 2022. En él, se puede apreciar que la población total penitenciaria a nivel nacional es 138 874; estos, a su vez, se pueden dividir en personas que están en establecimientos penitenciarios y algunos que cumplen algún tipo de medida y –por ende– se encuentran en el apartado denominado establecimientos de medio libre, estos ostentan una cantidad de 51743. Asimismo, cabe resaltar que, por establecimientos de medio libre, se hace referencia a aquella población que son sentenciados, pero que cumplen medidas alternativas y limitativas de derechos, es decir, no implica necesariamente un encarcelamiento.

Para los fines del análisis de la excepcionalidad de la prisión preventiva, la población que abarca nuestro análisis constituye la población que s**e encuentra específicamente en los establecimientos penitenciarios**.

La particularidad de este grupo radica en que, dentro de las 87 131 personas que arroja el cuadro, solamente están procesadas 32 662. En cambio, los sentenciados ascienden a 54 469. Esto significa que la población procesada, es relativamente regular con la población sentenciada.

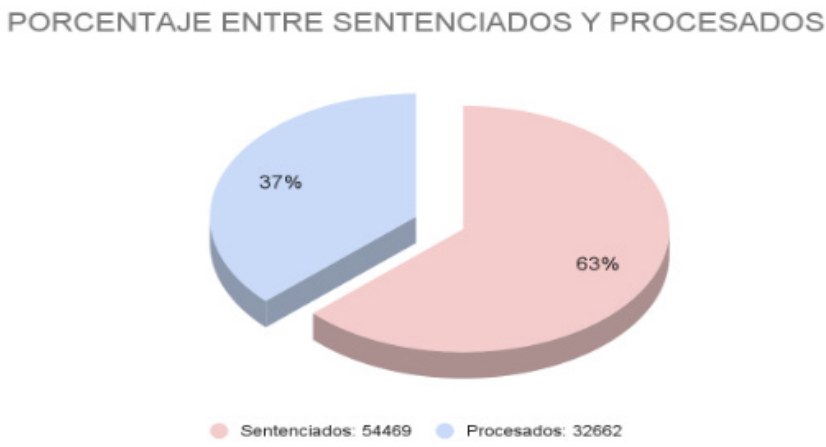
La población que está procesada aún no tiene una resolución y están a la espera de una sentencia condenatoria o absolutoria. En otras palabras, están en expectativa, cumpliendo medidas de carácter restrictivo como "la prisión preventiva"; que, sin lugar a dudas, constituye la medida más gravosa que contempla nuestro ordenamiento jurídico penitenciario.

Recapitulando, la población penitenciaria al mes de enero es exactamente 138 874 personas, de las cuales: 87 131 se encuentran en los establecimientos penitenciarios por un mandato de detención judicial o de prisión preventiva de la libertad y 51 743 personas están en establecimientos del medio libre al haber sido sentenciados a penas limitativas de derechos o dictaminadas a medidas alternativas de internamiento o liberados con beneficio penitenciario de "semilibertad" o "Liberación Condicional".

3. Análisis porcentual de la población en los establecimientos penitenciarios del Perú.

Cuando se analiza la excepcionalidad de la prisión preventiva, se puede llegar a la siguiente conclusión, ilustrada en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 1



Nota: Relación porcentual entre sentenciados y procesados.

En suma, la población que está en la cárcel y que no cuenta con una sentencia es el 37% de los de toda la población penitenciaria. Es decir, 32 662 personas al mes de enero no cuentan con una sentencia que defina o determine su situación jurídica.

Entonces, cuando analizamos la excepcionalidad de aplicación de la medida de la prisión preventiva entre Latinoamérica y algunos países de la Comunidad Europea, como Francia, Alemania y España, su población de procesados está en menos de 12%; mientras que, en el caso peruano, la población de procesados supera evidentemente el 12% (37%).

Entonces, se concluye que –en realidad– la "excepcionalidad" de la prisión preventiva no se trata de una medida tan excepcional como muchos textos normativos, como la doctrina y la jurisprudencia penal nacional ha señalado. Sin embargo, cabe preguntarnos ¿En dónde queda la excepcionalidad de la prisión preventiva si la actual realidad de la situación carcelaria revela lo contrario? ¿Cuál es el impacto que tiene esta realidad en nuestro sistema penal? ¿Qué medidas podríamos adoptar?

4. La supuesta "excepcionalidad" de la prisión preventiva

Es de conocimiento que la excepcionalidad de la prisión preventiva debería nacer a partir de la protección o garantía del derecho a la presunción de inocencia. Así como también, debería de surgir de la protección de garantías y libertades que se erigen con los principios del iluminismo en Francia.

El artículo 9° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del hombre y del ciudadano, de 1789 en Francia, prescribía lo siguiente: "*Puesto que cualquier hombre que se considera inocente hasta no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley*".

En consecuencia, existe una necesidad de represión pero esta debería estar sustentada adecuadamente. Por ello, se establecen determinados parámetros para la imposición de la prisión preventiva. Precisamente, porque está en confrontación con el principio de presunción de inocencia, que –en una de sus garantías– implica el tratamiento de todo imputado a ser considerado inocente mientras no se demuestre su responsabilidad.

Evidentemente, el hecho de estar en un centro penitenciario no se condice con el tratamiento de inocencia que todo imputado debería tener por cualquier delito. A tenor de lo mencionado, la regla que debería regir el proceso debería ser la libertad de los ciudadanos; en cambio, la privación de ella debería de ser la excepción. De esta manera, si lo analizamos desde el

aspecto histórico y doctrinario, la prisión preventiva es concebida como un caso de excepcionalidad; no obstante, como ya se ha observado, los datos de la realidad sobre la población penitenciaria en el sistema peruano arrojan una situación no de excepcionalidad, sino de asiduidad.

5. Los elementos de convicción para determinar la prisión preventiva

Para la imposición de la prisión preventiva, se va a requerir una **prognosis de pena** que sea superior a los cuatro años; así también, es necesario la existencia de **fundados y graves elementos de convicción**; empero, el factor más importante para determinar la necesidad o la no aplicación de esta medida de carácter personal es el "**peligro procesal**".

El ***peligro procesal*** va a ser el único fin que se considera legítimo para ir contra la regla de la libertad y es por eso que este debe ser analizado adecuadamente por los jueces y juezas. En ese sentido, la doctrina y la jurisprudencia se ha esmerado en darle contenido a su análisis, teniendo en cuenta que no se pueden señalar algunas reglas generales, porque el elemento del peligro procesal corresponde a un examen determinado caso por caso; es decir, no es propiamente un tema de naturaleza estadística.

A propósito de ello, la Corte Suprema mediante la circular del año 2011 y con el Acuerdo Plenario N.° 1-2019, ha señalado que la regla del ciudadano es que sea procesado en libertad; no obstante, si es que –en un caso concreto– existe peligro procesal, puede enervarse para ser privada de ello, es decir, no alude tanto a la cantidad de elementos de convicción que hasta ese momento se tenga del procesado y tampoco a la prognosis de pena superior a los cuatro años.

Sí incide, en cambio, en la existencia del peligro procesal, que es el factor más importante para analizar la excepcionalidad de la prisión preventiva.

Por otro lado, la ***concurrencia de los fundados y graves elementos de convicción*** para la imposición de prisión preventiva se analiza en una audiencia. La relevancia o pertinencia de los elementos convicción radican en que –poderosamente– vinculan al procesado con la comisión del delito, la cantidad de elementos de convicción que serán necesarios o no para el establecimiento de una medida como la prisión preventiva responde básicamente a la política legislativa que cada ordenamiento jurídico que determinará; pues se debe considerar la cantidad suficiente de elementos de convicción para la imposición de la prisión preventiva y no solo de esta, sino también de alguna otra medida de carácter restrictivo.

Ello va a responder a la naturaleza del delito y también a políticas legislativas como la gravedad del mismo.

Entonces, esta es la principal problemática: Analizar cuándo un elemento de prueba, un elemento de convicción, va a ser suficiente y fundado para la imposición de la prisión preventiva. En ese sentido, cabe preguntarnos ¿En todos los casos será igual?, ¿será similar en todos los delitos?, ¿de qué depende?

La prognosis de la prisión preventiva no seguirá o no debería cumplir una privación de la libertad mayor a cuatro años. Esta es la sistemática que establece también nuestro Código Penal para la fijación y división de algunos delitos que no tienen mayor flexibilidad a los bienes jurídicos.

En una audiencia, el juez siempre debe señalar el peligro procesal, la proporcionalidad de la medida tan gravosa y aplicar los test de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; ello, en comparación, por supuesto, con las medidas alternas. En esto radica la necesidad de la prisión preventiva. Es decir, sólo con la prisión preventiva se pueden disminuir estos riesgos o peligros, que no podrían otras medidas menos gravosas. Por ejemplo, una comparecencia no podría cumplir estos mismos fines para los cuales se aplica la prisión preventiva. La finalidad de la prisión básicamente es mantener al procesado en cumplimiento o control para que el proceso que se está desarrollando en su contra no sea perturbado. Asimismo, tiene como finalidad evitar la fuga y la obstaculización de la actividad probatoria.

En resumen, los elementos de la prisión preventiva son: los fundados y graves elementos de convicción, la prognosis de la pena mayor a cuatro años, la proporcionalidad de la pena y la duración de la medida. Sin embargo, no se puede soslayar el requisito más importante: el peligro procesal, que está constituido por el peligro de fuga y el peligro de obstaculización.

5.1. El peligro procesal

La importancia del "peligro procesal", sale a relucir a través interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en el caso J vs Perú, se determina sobre el peligro procesal algo muy importante, Y consiste en que el peligro procesal no se presume. Es decir que este no es configurado sobre la creencia que el imputado se va a fugar o que esta persona va a obstaculizar de alguna forma la actividad probatoria, sino que debe la determinación del peligro procesal debe realizarse mediante verificación en cada caso. A través de una fundación basada en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

En ese sentido, corresponde al análisis del peligro procesal la verificación concreta de las circunstancias objetivas. Esto implica que la verificación concreta se encuentre probada. En otras palabras, debe de existir prueba tanto del peligro procesal como del peligro de obstaculización probatoria.

Recordemos que nuestro sistema jurídico es un sistema de sana crítica. Esto es de valoración de la prueba, Sin embargo, al momento de imponer una prisión preventiva, también se realiza una valoración de los elementos de convicción y los peligros procesales que los jueces tienen que analizar.

6. El Acuerdo Plenario N.º 1-2019

El Acuerdo Plenario N.° 1-2019, con referencia a la prisión preventiva, va dirigido al juez. Este acuerdo explica que el juez debe apreciar y declarar la existencia del peligro a partir de los datos de la causa que den cuenta de la capacidad del imputado de huir u obstruir la labor de investigación.

Nuevamente, se señala que estos peligros deben estar fundamentados en datos de la causa, que sería básicamente la verificación de circunstancias objetivas que se puedan extender al caso concreto.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la probabilidad de estos peligros debe ser alta. Al momento de determinar que existe una alta probabilidad de peligro de fuga o una alta probabilidad de peligro de obstaculización en función al caso concreto, el juez debe evitar usar presunciones o conjeturas.

Por su parte, con respecto al peligro de fuga, corresponde apreciar las circunstancias que rodean al caso, las cuales permitan realizar un juicio fundado acerca de su sujeción al proceso o si huirá y fugará. Algunos elementos que se deben tener en cuenta para evaluar la probabilidad del peligro de fuga han sido desarrollados a nivel de la jurisprudencia y también de la legislación.

6.1. Elementos jurisprudenciales para fundar la imposición de una prisión preventiva.

El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

Este factor debe ser interpretado siempre en un sentido de excepción. Por ejemplo, el peligro de fuga debe ser analizado en función al régimen de permanencia del trabajo del imputado. Es decir, si trabaja a tiempo determinado o indeterminado. O también en base a la cantidad de trabajos u

ocupaciones del mismo.

De esta manera, se podrá relacionar la capacidad de salida del país en función a la capacidad económica o en función a la disponibilidad de tiempo que tenga dicha persona. Es decir, interpretarlo siempre en el sentido de la libertad del imputado y no en contra.

La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.

Este punto se puede apreciar, por ejemplo, si la pena que se imputa estriba en 35 años o más, el riesgo o gravedad de fuga del delito es mucho mayor.

La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.

Aquí ya se analiza la presunta afectación que posiblemente el imputado habría causado porque aún falta determinar mediante una sentencia cuáles son los hechos que se han probado en el caso para determinar la existencia de un daño o no.

El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

Este factor, evalúa la conducta o las precedentes conductas del imputado en un procedimiento anterior y de esta manera vincularlo con la existencia de un posible peligro de fuga.

La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Este elemento se contempla con la ley 30076, que incorporó en el año 2013 diversas modificaciones al Código Penal.

7. La Casación N.º 631-2015

Si analizamos la jurisprudencia de la Corte Suprema, en la casación N.º. 631-2015 se ha determinado otro criterio relevante para el peligro de fuga. Este criterio va a estar relacionado con la moralidad del imputado y esto se traduce en la carencia de antecedentes penales.

Resulta curioso que se analicen algunas circunstancias que precisamente se emplean también para la determinación de la pena. Recordemos que la carencia de antecedentes penales es uno de los factores para reducir el quantum de la pena.

La carencia de antecedentes penales entonces también es un factor que se analiza o que la Corte analiza para la imposición de la prisión preventiva. Por otro lado, la magnitud del daño causado antes de la Ley N.º 30076 se especificaba que la importancia del daño resarcible y la actitud del imputado adopta voluntariamente sobre él. Sin embargo, actualmente se especifica en la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. En ese sentido ya no es relevante la importancia del año, sino la magnitud. Es decir, el grado que podría tener ese daño causado.

La Ley N.° 30076 –también la denominada Casación N.°626-2013–, establece que la magnitud del daño causado debe tomarse con reservas, porque existe jurisprudencia que ha interpretado que esta puede ser igual a la posibilidad de reiteración delictiva. Entonces, no debe ser tomada en cuenta como una posibilidad de reiteración delictiva y tampoco debe ser tomada en cuenta como una sanción a la reacción que el delito produce en las sociedades. Es decir, como una grave conmoción, pues dejaría de ser una medida provisional y sería una medida de seguridad de carácter preventivo.

Cuando analizamos la magnitud del daño causado, la casación establece sobre esta ley que la magnitud del daño no debe responder a una valoración de la sociedad, es decir, del ánimo popular de la prisión, de determinar cuándo ha habido una conmoción grave.

Sin embargo, las estadísticas determinan que ciertos casos –los llamados "mediáticos"– imponen sí o sí, prisión preventiva. En ese sentido, esta medida se constituye en un requerimiento social.

Además, respecto al establecimiento de la prisión preventiva, hasta hace poco los medios de comunicación ni siquiera podían diferenciar cuándo estamos ante una prisión preventiva. Entonces, existe en realidad de desinformación sumada a esta cultura punitivista de la sociedad y que lamentablemente recae en la presión hacia los jueces, llamados imparciales o independientes. obviamente humanos, que también son tan falibles, y también pueden tener esta tendencia a responder a la a los intereses o a las necesidades que tiene una determinada sociedad dentro de un caso.

El famoso caso de *los cuellos blancos del puerto* ha sido el impacto en la sociedad. Diariamente, la prensa revelaba un audio que relataba una historia. El impacto de la sociedad frente a estos actos de corrupción se tradujo en prisión preventiva para prácticamente todos, salvo algunos que tuvieron tiempo de fugarse. En consecuencia, se aprecia la disyuntiva que aparece entre el aseguramiento del procedimiento contra estas personas o el mantenimiento de la libertad de las mismas.

Algunos autores, como Luigi Ferrajoli, siguen la tendencia de abolir la medida de prisión preventiva, porque los imputados se fugan no por miedo a la posible condena final, sino por miedo también a la prisión preventiva que puedan ser sujetos.

8. La Casación N.º 626-2013.

La Casación N.º 626-2013 menciona también que el embargo, la incautación, desalojo preventivo no tiene que ver con el peligro procesal de esta medida cautelar. Asimismo, la magnitud del daño tiene que ver con las circunstancias que agravaría la pena a imponer (doctrina jurisprudencial vinculante), que también está manifestada en la Casación N.° 626. Por otro lado, esta casación también especifica que la reparación del agraviado no tiene relación con el peligro procesal, pero podría ayudarlo a reparar prontamente (doctrina jurisprudencial vinculante).

Otro de los factores importantes sobre los que se pronuncia la presente jurisprudencia es la pertenencia del imputado, una organización criminal o su reintegración a las mismas. Esto es un factor importante que se plasma en el artículo 269°, inciso 5 del Código Penal para determinar el peligro. En esa línea, los delitos de crimen organizado o de organización criminal, revisten una importancia y gravedad bastante considerable dentro de nuestro sistema.

En consecuencia, se tiene que la prisión preventiva también es impuesta al crimen organizado por su alto grado de perfeccionamiento, por su actuar de forma coordinada, por la garantía del éxito de los ilícitos que cometen y por la impunidad de sus miembros. Por ejemplo, cuando se analizan algunos casos de tráfico ilícito de drogas, normalmente se capturan a los llamados comúnmente "burriers". Estas personas en realidad no tienen el manejo estructural de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas; por ello, esta situación acarrea dudas en cuanto a esta gravedad de delitos y por supuesto, al análisis de su estructura. Muchas de esas personas que cometen esta clase de delitos (los "burriers") en la cárcel tienen condiciones distintas a las de otros presos por delitos comunes o delitos violentos, incluso tienen acceso a televisión, a un celular, acceso a una habitación distinta, entre otros beneficios.

9. La resolución administrativa N.º 325-2011-P-PJ

Por otro lado, en la resolución administrativa N.º 325-2011-P-PJ se puede encontrar información importante sobre la imposición de la prisión preventiva, toda vez que indica que, el criterio clave y la experiencia criminológica para atender a la existencia de un peligro procesal en el ámbito de

fuga como en los de obstaculización probatoria, se vincula con la existencia de estas organizaciones o estructuras organizadas, las cuales tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares.

Por ello, se reforma esté articulado, estableciendo que el pertenecer a una organización genera una alta probabilidad de fuga por la complejidad y por la ayuda que pueden prestar entre los miembros de estas organizaciones.

Asimismo, esto también contribuye a la obstrucción probatoria. Por ejemplo, que los terceros o allegados a los imputados pueden incurrir en amenazas en contra de testigos, en contra de peritos, en actos de corrupción e incluso en la muerte de personas, etc. Por consiguiente, cuando se trata de delitos que implican a una organización o aparato estructural sofisticado, es necesario también recurrir a la prueba anticipada.

Finalmente, el juez debe evaluar la tipología como un criterio importante en el ámbito del procedimiento, ya que no se trata de una regla general ni obligatoria, pero debe evaluarse el caso concreto. Lamentablemente, no todos los casos van a responder a las mismas necesidades de medidas o establecimiento de medidas restrictivas. Y, en esa línea, es posible sostener que, en muchos supuestos de gravedad en la pena, la pertenencia a una organización criminal es suficiente para la aplicación de prisión preventiva. Esto sí está claro.

Entonces, cuando existe pertenencia a una organización criminal, obviamente sí o sí genera un presupuesto indispensable para la posible fuga o el peligro de obstaculización. No obstante, no basta con indicar la simple existencia de la pertenencia a una organización, sino que el juez debe analizar a todos los componentes de esta organización criminal, así como la vinculación del procesado con este.

En ese sentido, no es una aplicación a rajatabla "*todo aquel que pertenezca a una organización criminal, merezca sí o sí la imposición de una prisión preventiva*"; sino que deben analizarse las características básicas de una organización criminal como son, por ejemplo, la pluralidad de sujetos y cómo se vinculan estos requisitos al imputado a quien se pretende imponer esta medida.

Una sentencia importante es la que acaeció sobre el caso de Ollanta Humala y Nadine Heredia, en donde se determinó –en cuanto a la excepcionalidad de la prisión preventiva– lo siguiente: No un criterio de orden procesal, sino punitivo, como la gravedad de la pena. Así como la gravedad de la pena por sí sola no justifica el dictado de una prisión preventiva.

10. Reflexión Final

Para reducir la población penitenciaria no procesada en el Perú, debe atenderse el problema de la duración de los procesos penales. Es decir, mientras duren menos las condenas condenatorias o absolutorias, la aplicación de medidas de privación de libertad preventiva también durarán menos.

Otro factor importante radica en la subsidiariedad de la prisión preventiva. La estrategia jurídica de otros países como son Francia, España y Alemania consiste en establecer una mayor cantidad de requisitos para la aplicación de la prisión preventiva. Por ejemplo, en el caso francés también se utiliza como criterio la *reincidencia delictiva*. En ese sentido, se podría recurrir a este tipo de criterios y aplicarlos a la realidad peruana.

La mesa de trabajo pericial y su ausencia de regulación*

Ninoschka Morales Lucho**
Universidad San Martin de Porres

SUMARIO: 1. Introducción. / 2. La evolución actividad pericial./ 2.1. El perito y su finalidad / 3. La actividad pericial en sistema procesal peruano. / 3.1. Código de Procedimientos Penales / 3.2. Código Procesal penal. / 3.3. La mesa de trabajo pericial / 4. Conclusiones / 5. Bibliografía.

1. Introducción

Suele suceder que a menudo el desarrollo de las actividades humanas en la sociedad requiera de determinados especialistas que puedan ilustrarnos o asesorarnos sobre diversos temas en específico por lo que mientras más compleja sea la tarea por analizar más necesaria será la intervención de estas personas con conocimientos especializados.

Los actos desarrollados por estos especialistas al desenvolverse se denominan actividad pericial, la misma que es vital en el marco de un proceso penal toda vez los fallos de los órganos jurisdiccionales se basan en comprobaciones de los hechos y dichos alegados por las partes por lo que el irrespeto a este proceso afecta gravemente a la parte que postule una determina prueba pericial.

Así en el desarrollo del tiempo y más aún con la implementación del nuevo código procesal penal, se han ampliado de gran manera las facultades que tiene la defensa técnica para poder hacer frente a una determinada imputación penal, la misma que abarca al principio de contradicción y, en consecuencia, al ofrecimiento probatorio.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Estudiante por la Universidad San Martin de Porres, vicepresidenta del círculo Lex Est Vita, Asistente legal en el estudio JMN ABOGADOS, conferencista estudiantil.

No obstante, si bien ha existido un avance en el reconocimiento de estas nuevas facultades aún existen rasgos inquisitivos en este aspecto que impiden un trabajo conjunto entre el representante designado por el Ministerio Público (perito oficial) y el representante designado por la defensa técnica (perito de parte).

2. La evolución de la actividad pericial

El desarrollo de la actividad pericial no ha sido reconocido con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal de 2004 sino que tiene sus orígenes en el Código de Procedimientos Penales.

A partir de la década de los 80 los sistemas procesales en Latinoamérica comenzaron a despojar de sus prácticas las prácticas inquisitivas para dar paso al nuevo modelo acusatorio. Las principales características de este modelo han sido: establecer el juicio oral y público como elemento central del proceso, la separación de funciones y diferenciación de roles entre jueces y fiscales; la entrega de algunas facultades discrecionales limitadas a los fiscales para poner término anticipado a la persecución penal; el reconocimiento de garantías básicas del debido proceso a favor de las personas objeto de persecución penal; y, finalmente, el reconocimiento de los derechos de las víctimas como un actor relevante del sistema[1].

Es precisamente la implementación de la oralidad lo que ha dado pie a que exista un intercambio de información y posturas entre los principales actores – defensa y fiscalía- con el objeto de generar certeza en el juez respecto de cada posición presentada.

Ello ha conllevado a que existan nuevas concepciones del derecho probatorio en cada sistema, permitiendo una amplia libertad probatoria; así también se ha avanzado en el establecimiento de sistemas de valoración de la prueba basados en la sana crítica o sana crítica racional, que les entrega libertad a los jueces para ponderar el valor de las distintas pruebas, respetando las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados[2]. Así dentro de esta libertad probatoria encontramos a la prueba pericial.

2.1. El perito y su finalidad

PABÓN menciona que, etimológicamente "perito" proviene del latín peritia que significa "experiencia o experimentado"; mientras que, en sentido

1 Duce Mauricio. La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina, 2° Edición, Ediciones DIDOT, Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 25..
2 Duce Mauricio. La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina, 2° Edición, Ediciones DIDOT, Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 28.

gramatical denota habilidad, práctica y destreza[3].

Y, adiciona que son especialistas llamados a absolver cuestiones que se desarrollan en la actividad pericial, entendida como toda acción generadora de materia de ciencia, técnica, arte, industria, etc., orientada a comprobar hechos, dichos o fenómenos, con fundamento en una conclusión o dictamen producidos por un experto.[4]

Por su parte DUCE, agrega que, en términos generales los peritos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio.[5]

En similar sentido GONZALES NAVARRO, precisa que es aquella persona que en alguna materia tiene título de tal, conferido por estado; persona que poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos informa bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos, en cuanto se relaciona con su especial saber o experticia.[6]

A grandes rasgos podemos definir que es aquel profesional experto llamado a contribuir con el análisis de una materia compleja. Ahora bien, corresponde preguntarse entonces ¿cuál es la finalidad de un perito?

La finalidad del perito en un proceso penal es dilucidar a través de sus conocimientos o experticia, un tema necesario para que el juzgador pueda decidir sobre un determinado caso.

En esa misma línea argumentativa a nivel doctrinario autores como Roxin, Taruffo y Lewiss, mantienen una opinión similar al sostente que pueden distinguirse 03 formas de contribución de la labor de los peritos[7]:

- Ofrecer al tribunal datos e información científica para valorar los hechos objeto del juicio.

- Expresar opiniones y evaluaciones de hechos específicos respecto de los cuales ha tomado conocimiento personal y que únicamente pueden ser observados y comprendidos en virtud de conocimientos especiales.

3 Pabon Parra, Pedro. La prueba pericial: sistema acusatorio, partes general y especial. EDICIONES DOCTRINA Y LEY, 2ed. Colombia, 2015, p. 41.
4 Pabon Parra, Pedro. La prueba pericial: sistema acusatorio, partes general y especial. EDICIONES DOCTRINA Y LEY, 2ed. Colombia, 2015, p. 41.
5 Duce Mauricio. La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina, 2° Edición, Ediciones DIDOT, Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 29.
6 GONZALES NAVARRO, Antonio. La prueba en el sistema penal acusatorio. LEYER, Bogotá, Colombia, 2013, p. 863.
7 Duce Mauricio. La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina, 2° Edición, Ediciones DIDOT, Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 34.

- Expresar opiniones y evaluaciones de hechos específicos presentados ante él, que requieren para su comprensión, conocimientos especiales.

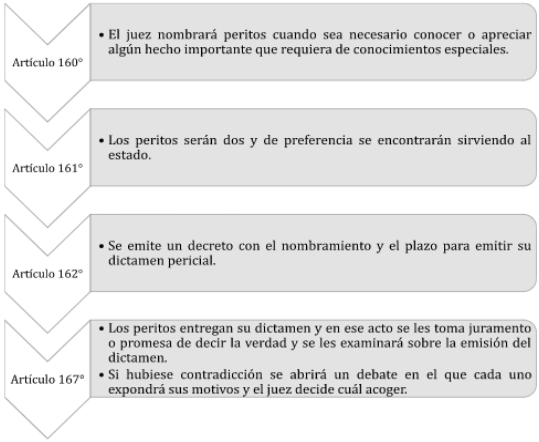
Finalmente habiendo cumplido cualquiera de los objetivos antes consignados, proceden a emitir un informe pericial, entendido como un elemento material de prueba, que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona basada en la materia que se trate, hace para divulgar un asunto, que requiere de especiales conocimientos.[8]

3. La actividad pericial en el sistema procesal peruano

3.1. Código de Procedimientos Penales

Como habíamos mencionado, primigeniamente en Latinoamérica primaba el sistema inquisitivo hasta que se realizaron las posteriores reformas con la implementación del sistema acusatorio. Esta implementación no fue ajena en nuestro país pues en principio teníamos al Código de Procedimientos Penales caracterizado por ser completamente inquisitivo. En sistemas inquisitivos el común denominador era que su trabajo era una fuente de información exclusiva para el juez.[9]

Así, del Código de procedimientos penales se puede advertir en su Título VI denominado "Peritos", el procedimiento a seguir para el desarrollo de su actividad, tal y como se muestra a continuación:



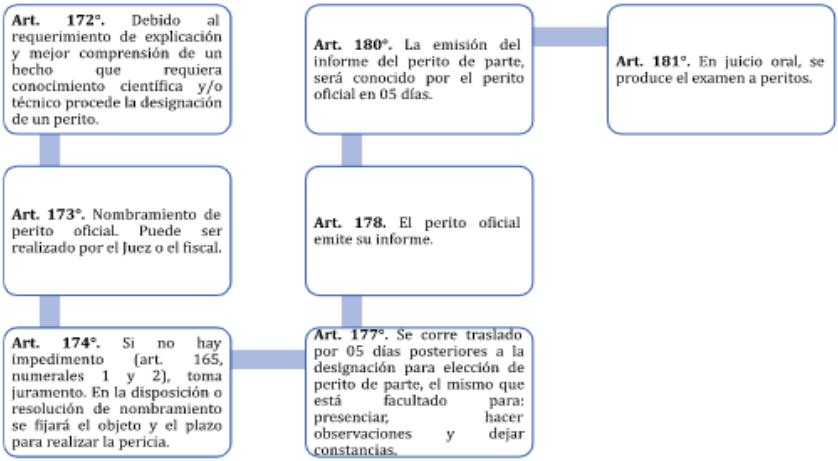
8 Gonzales Navarro, Antonio. La prueba en el sistema penal acusatorio. LEYER, Bogotá, Colombia, 2013, p. 865.
9 Duce, Mauricio. La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina, 2° Edición, Ediciones DIDOT, Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 37.

Como se puede advertir, los peritos designados por el juzgado tenían un reconocimiento de facultades un poco más específico puesto que respecto a los peritos de parte el Código sólo se limitaba a precisar en el artículo 165° tercer párrafo lo siguiente: "El inculpado y la parte civil pueden nombrar, por su cuenta, un perito, cuyo dictamen se añadirá a la instrucción".

3.2. Nuevo Código Procesal Penal

La entrada en vigencia de este nuevo código trajo consigo la incorporación del sistema acusatorio en nuestro país, hecho que también trajo consigo grandes diferencias en el procedimiento de la actividad pericial.

Así, el código en mención desarrolla el procedimiento de la actividad pericial desde el artículo 172° hasta el artículo 181°, así, a manera de resumen tenemos:



A grandes rasgos puede advertirse que, a consecuencia de la designación del perito oficial, la defensa técnica también puede designar a su propio perito, quién tendría las facultades de: presenciar, hacer observaciones y dejar constancias, inclusive se mantiene la posibilidad de que el perito de parte pueda emitir su propio informe.

3.3. La mesa de trabajo pericial

La mesa de trabajo pericial, debe ser entendida como aquella cooperación existente entre el perito de parte y el perito oficial en el marco de un determinado proceso penal con el objeto de emitir una sola pericia.

Esta figura sigue siendo objeto de debate, pues muchos fiscales consideran que ello implicaría una afectación a las facultades que si tienen expresamente los peritos oficiales más aún aseveran que implicaría una especie de obstaculización encubierta de los actos de investigación.

Por su parte otros fiscales, aseveran que la idea de "mesa" no sería aplicable a todas las actividades periciales a desarrollar puesto que sólo sería factible para pericias contables o similares, no siendo posible su implementación en pericias de campo en las que por ejemplo se tienen que recoger muestras, restos o evidencias físicas.

Desde nuestro punto de vista, este criterio resulta errado en primer momento porque la participación del perito de parte en realidad lo que hace es coadyuvar con un análisis único y conjunto permitiendo ahorro de recursos y tiempo.

Por otro lado, el razonamiento adoptado respecto a que sólo puede ser aplicable a pericias "estáticas" como la pericia contable, también resulta incorrecto puesto que el despliegue físico de los intervinientes sigue cumpliendo la misma función, esto es, el correcto desarrollo de la actividad pericial, en aras de elaborar una sola pericia.

Si bien esta figura no tiene una regulación expresa en el Código Procesal Penal, ha resultado aplicada en distintos casos de gran coyuntura a nivel nacional, así algunos de estos casos son los siguientes: el caso del Partido Nacionalista Peruano, el caso de Arbitrajes de Odebrecht y el más importante el caso del presidente Pedro Pablo Kuczynski.

En el caso de la tutela de derechos planteada por la defensa del presidente Pedro Pablo Kuczynski, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria a cargo del caso, logró delimitar algunos alcances sobre la participación del perito de parte realizando para ello una interpretación extensiva, así tenemos:

> *Tercero: "consideramos que la interpretación que debe hacerse a este artículo, no correspondería a una interpretación restrictiva, conforme lo señala el Ministerio Público, porque consideramos que hacer una interpretación de esta atribución o esta facultad que señala el ordenamiento procesal afectaría de una u otra forma el derecho de defensa que le asiste al investigado".*
>
> *(…) Una cosa es la atribución de poder observar el dictamen pericial respectivo y otra cosa es lo que acá se señala como la atribución de presenciar las operaciones periciales oficiales por así decirlo y, por otra parte, considero que tampoco existe o no sería un motivo o justificación para inaplicar, o*

> *dejar de lado osta facultad de presenciar las operaciones periciales oficiales, el sentido de la carga procesal, la dificultad que se tendría con el perito debido a que "cuestiones conforme lo ha señalado la defensa técnica, cuestiones propias de la labor de organización del Ministerio Público de llevar a cabo la investigación podrían llevarnos a desconocer esta atribución que tiene o que otorga el Código Procesal Penal a la defensa técnica del investigado.*

En esa misma línea argumentativa la Sala Penal de Apelaciones en ese caso, confirmó lo mencionado por el juez de primera instancia, reafirmando que cualquier desconocimiento a la facultad del perito de parte, afectaría directamente al derecho a probar de las partes y, asimismo, aclara que, como manifestación de este derecho, la defensa técnica está facultada para intervenir. De ahí proviene la concepción de que el perito de parte es un auxiliar que actúa como defensor de su lado técnico.[10]

Ahora bien, como se ha mencionado, el perito de parte tiene las siguientes facultades: *presenciar las operaciones periciales*, *hacer las observaciones y dejar las constancias que su ciencia le aconseje*, las mismas que deben ser ejercidas sin limitación alguna.

Suele suceder que, las facultades otorgadas a los peritos de parte, son reconocidas de forma restrictiva, ocasionando que sean un mero cumplimiento formal en el efectivo desarrollo de la actividad pericial; no obstante, desde nuestra perspectiva, el hecho de presenciar una determinada actividad implica ir más allá que la sola presencia detenida del perito de parte, así por ejemplo, en el Caso de Arbitrajes de Odebrecht, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, citando a la RAE, precisa que presenciar, implica: hallarse presente, asistir a un hecho, acontecimiento, etc.[11], permitiendo de esta forma una acción más dinámica y colaborativa del perito de parte.

Para que los peritos de parte puedan cumplir efectivamente con las facultades que le fueron asignadas deben contar con una determinada organización o en el mejor de los casos con un plan.

Así, resulta necesario que se establezca anticipadamente fechas y horarios en los que el perito oficial trabajará, a fin de que el perito de parte pueda participar en las referidas actuaciones, con la finalidad de hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica le aconseje[12] .

10 Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, Colegiado A, Exp. N° 00019-2018-9-5201-JR-PE-03, Resolución N° 05 de fecha 08 de febrero del 2019, fundamento jurídico 5.25.

11 Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente especializado en delitos de corrupción de funcionarios, resolución N° 04 de fecha 16 de octubre de 2020, fundamento jurídico 5.

12 Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, Colegiado A, Exp. N° 00019-2018-9-5201-JR-PE-03, Resolución N° 05 de fecha 08 de febrero del 2019.

Claro está que además de esta organización también se deben delimitar claramente otros aspectos importantes como: el plazo a seguir para la elaboración a la pericia, la finalidad que se persigue y la especificación de los intervinientes en todo el desarrollo de la actividad pericial (ello debido a que puede existir afectación de la reserva de la actividad pericial; así como de la investigación y, además, por el riesgo de afectación de las evidencias y/o muestras que se tomen).

4. Conclusiones

- Podemos concluir que en la actualidad si bien ha existido un avance en la dinamización de la actividad pericial en pro del respeto a la defensa eficaz y del derecho a probar de la defensa técnica, aún existen rasgos inquisitivos y obstaculizaciones injustificadas de parte del Ministerio Público.

- Sin duda alguna la ausencia de regulación de la mesa de trabajo pericial contribuye a esta serie de afectaciones a la defensa técnica y al perito de parte en una actividad pericial.

Así también, la falta de explicación expresa de las facultades que tiene el perito de parte lo deja en una especie de desprotección frente al poder que representa el Ministerio Público.

- Por otro lado, los argumentos de respuesta de parte de algunos representantes del Ministerio Público al aseverar que el reconocimiento de las facultades del perito de parte implicaría una disminución o afectación de las atribuciones del perito de parte no tiene ningún asidero más aun considerando que fácticamente existen pruebas de su adecuado funcionamiento como es el caso de los diversos casos a nivel nacional.

5. Bibliografía

Duce, Mauricio. *La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*, 2° Edición, Ediciones DIDOT, Buenos Aires, Argentina, 2013.

Pabon Parra, Pedro. *La prueba pericial: sistema acusatorio, partes general y especial*. EDICIONES DOCTRINA Y LEY, 2ed. Colombia, 2015.

Gonzales Navarro, Antonio. *La prueba en el sistema penal acusatorio*. LEYER, Bogotá, Colombia, 2013.

Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, Colegiado A, E*xp. N° 00019-2018-9-5201-JR-PE-03*, Resolución N° 05 de fecha 08 de febrero del 2019.

Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente especializado en delitos de corrupción de funcionarios, *resolución N° 04* de fecha 16 de octubre de 2020.

IV. DERECHO PENITENCIARIO Y EJECUCIÓN PENAL

Realidad Penitenciaria y una visión a futuro*

Juan Ranulfo Herrera Chávez**
Director Regional de la ORL del INPE

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Reseña Histórica / 3. El Decreto Ley N.° 17581 / 3. Código de Ejecución Penal (Decreto legislativo N.° 330) / 4. Código de Ejecución Penal (Decreto legislativo N.° 330) / 5. Normativa Actual / 6. Problemática en los penales.

1. Introducción

El sistema penitenciario, dentro del contexto peruano, ha configurado su visión y misión en la readaptación del interno. Esto consiste en la reeducación, rehabilitación y resocialización de las personas privadas de libertad con el objetivo de que puedan retornar a la sociedad. Por ende, es menester estudiar el origen del sistema penitenciario nacional en aras de comprender la normativa actual y plantear mejoras hacia el futuro.

2. Reseña Histórica

Bajo el mandato del presidente José Pardo y Barrera fue creado **El Frontón**, uno de los penales más antiguos del Perú, que se encuentra ubicado a 11km del Callao y está rodeado por el Océano Pacífico, también conocido como la isla del Diablo. Este establecimiento penitenciario albergó a políticos, sindicalistas, comunistas y apristas, como Armando Villanueva. No obstante, este penal fue cerrado y posteriormente reabierto en el segundo Gobierno del presidente Fernando Belaunde Terry; a consecuencia del asalto a la cárcel de Ayacucho en el transcurso de los años 1982 hasta junio de 1986.

---

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Director Regional de la Oficina Regional de Lima del INPE, subdirector del Establecimiento Penitenciario Piedras Gordas I (2007), director del Establecimiento Penitenciario Yanamilla-Ayacucho (2008), director del Establecimiento Penitenciario de Huaral (2012), director del Establecimiento Penitenciario Arequipa (2013), director Oficina Regional Sur Arequipa Nivel F4 (2014-2015) y director de la Oficina Regional Norte Chiclayo nivel S5 (2016).

Con la muerte de los internos durante la época del terrorismo se volvió a cerrar este penal (El Frontón). Tal como se puede apreciar en la presente comunicación:

> *Quien les habla ha tenido la oportunidad de estar en la zona de emergencia, entre los años 1980 y 1982. Durante esos tiempos, en el departamento de Ayacucho trabajé en el penal Santiago Apóstol de Ayacucho. En este contexto de convulsión social (por el conflicto armado interno) era muy fuerte. En marzo aproximadamente dicho penal fue asaltado por integrantes del terrorismo. A consecuencia de eso, se traslada a los internos que ingresaban por terrorismo al Frontón.*

En el caso del **Penal "El Sexto"**, este se construyó en el año de 1904 y fue cerrado en 1984. Sin embargo, fue clausurado a consecuencia de un motín en el cual fallecieron un total de 22 internos. El penal se encontraba ubicado en el distrito de Breña, donde –actualmente– funciona una comisaría.

En 1924, se crea la inspección general de prisiones, que se encargaba de todos los establecimientos carcelarios del país, siendo el primer director el general Augusto Llontop.[1]

En 1927, fue creada la **primera escuela de vigilancia** y entró en funcionamiento el servicio de identificación de dactiloscopía como órgano de la inspección general de prisiones[2].

En 1928 el Dr. Bernardino León y León asume la dirección de la Inspección General de prisiones[3].

En 1929, se dicta el reglamento de clasificación de conducta en los penados; y que, posteriormente, en febrero se da a conocer el **Reglamento del Instituto de Criminología**. Años después, en 1944, se crea la **Escuela de Vigilantes** que funcionó hasta el año 1945[4].

En 1946, el presidente Bustamante y Rivero ordenó: a) El funcionamiento de la **Escuela de Personal Auxiliar** de los establecimientos penales y de tutela, institución estuvo vigente hasta 1948; b) Reorganizó los servicios médicos elaborados en los establecimientos penales, así como también la elaboración de la ficha psico-física de los reclusos y tutelados; c) Por último, crea el **servicio social** e inicia las investigaciones de las condiciones antropológico-sociales de la penitenciaría.[5]

1 A este respecto, puede revisarse a INPE, Reseña Histórica. Recuperado 18 de octubre de 2022 de <https://www.inpe.gob.pe/resena-historica.html>.
2 Ibidem.
3 Ibidem.
4 Ibidem.
5 Ibidem.

En 1948, durante el Gobierno de Manuel Odría, se crea la **Colonia del Sepa**, que tenía un promedio de 37000 hectáreas. Esta colonia quedó destinada para albergar a prisioneros de condenas largas y reincidentes; además, el tratamiento era en base al trabajo agrícola.

En 1958, durante el primer gobierno del presidente Fernando Belaúnde Terry, se creó el establecimiento penal de **Lurigancho** en Lima. También, inicia el centro penitenciario de **Cachiche** –hasta ahora en funcionamiento– y la cárcel de **Quencoro.** El centro penitenciario de **Lurigancho**, fue creado en 1964 para albergar un promedio de 1800 reclusos; sin embargo, actualmente están bordeando los 9000 internos.

Durante el gobierno del presidente revolucionario Juan Velasco Alvarado se dictaminan dispositivos legales referentes al derecho penitenciario y mediante el Decreto Ley N.° 17519 (Ley Orgánica del Ministerio del Interior) se estableció que la Dirección General de Establecimientos Penales pase a formar parte de la estructura del Ministerio del Interior. Esta normativa rigió hasta 1980; posteriormente, pasa al Ministerio de Justicia, encargatura que se mantiene hasta la fecha[6].

3. El Decreto Ley N.° 17581

En base al Decreto Ley N.° 17581 (Unidad de Normas para la ejecución de sentencias condenatorias), la clasificación de los reclusos penitenciarios fue en base a grupos homogéneos. Por ejemplo, por sexo, por edad –donde, se segrega a la población penitenciaria cuya edad estriba entre 18 a 21 años de los reclusos mayores de 21 años–, por estado de salud, por grado de educación, por los estados psicológicos presentaban las personas, por el grado social y la procedencia del medio geográfico de origen al momento de cometer el ilícito penal.

En lo concerniente a los establecimientos penales, estos estaban clasificados por mínima seguridad, mediana seguridad y máxima seguridad. Asimismo, el régimen penitenciario se clasifica en 3 periodos:

a) Periodo de observación.

b) Periodo de tratamiento.

c) Periodo de prueba.

El primero consistía en un examen médico físico y psicológico a la persona que ingresaba al establecimiento penitenciario. A su vez, el periodo de tratamiento se refiere al tiempo de permanente observación. Aquí es donde se observa la readaptación tanto individual como grupal.

6 Ibidem.

Finalmente, el periodo de prueba incluía el otorgamiento de mayores beneficios; entre ellos, el permiso de salida o la reducción de la pena por trabajo o educación.

4. Código de Ejecución Penal (Decreto legislativo N.° 330)

Posteriormente, con el Código de Ejecución Penal o Decreto Legislativo N° 330, promulgado en 1985, se mantuvo el mismo objetivo; es decir, la reeducación, rehabilitación y resocialización del interno a la sociedad.

Entre algunos regímenes tenemos: el ingreso siempre por mandato judicial. Además, al interno se le comunicaba todos sus derechos y obligaciones. En cuanto a los primeros, los internos tenían derecho a sufragio en las contiendas electorales. En otras palabras, gozaban de todos sus derechos fundamentales, a excepción de su derecho a la libertad ambulatoria. Sin embargo, estaban cumpliendo una condena y, de esta manera, se podía garantizar su seguridad en la sociedad.

Los criterios para la clasificación de los internos variaban entre varones y mujeres procesados, entre sentenciados primarios y reincidentes.

En cuanto al trabajo y la educación, cada interno tenía que propiciar su propio equipo logístico en forma de talleres incipientes. Asimismo, con el objetivo de erradicar el analfabetismo, la educación primaria y secundaria era obligatoria.

En lo relativo a la asistencia postpenitenciaria, estaba integrado por un equipo multidisciplinario de profesionales. En caso de ausencia de profesiones, se coordinaba con instituciones públicas a fin de que presten apoyo a los liberados.

Durante los años 1980 a 1985 –aproximadamente– se suscitaba el ingreso de internos a los penales por "vagancia", cuya pena estribaba un corto tiempo para posteriormente salir. Actualmente esto no existe.

En lo referente al personal penitenciario, el tribunal disciplinario estaba integrado, en algunos penales de provincia, por el prefecto, un profesional de apoyo y el alcaide del penal.

5. Normativa Actual

El actual Código de Ejecución Penal es el Decreto Legislativo N.° 654 y su reglamento el Decreto Supremo N.° 015-2003-JUS, que entraron en vigencia en 1991 y 2003 respectivamente. Adicionalmente, cabe resaltar que el reglamento también está vigente hasta la actualidad.

Conforme al **Decreto Legislativo N.° 1343**, referente a la promoción e implementación de actividades productivas y el trabajo productivo a nivel de todos los establecimientos penitenciarios de la República. En ese contexto, se plantea la conformación de establecimientos penitenciarios fundamentados en base al orden, disciplina y hábito. Es decir, centros que implementen talleres que incluyan un protocolo que va desde la formación al posterior ingreso a los talleres productivos en lo que se denominan pabellones industriales. Un ejemplo claro de ello es el penal Huaraz, conformado por un pabellón industrial de 270 personas que realizan un protocolo de formación, posteriormente ejercicios de calistenia y después se incorporan al centro de talleres. Este último es supervisado por personal gestor de trabajo y personal de seguridad del INPE, encargados de realizar constantes revisiones para evitar disturbios en el penal.

Si bien no es un modelo ideal, sus resultados no son negativos; empero, en lo posible hay que reforzar y seguir implementando un cambio en los penales del futuro donde se tenga profesionales con un óptimo servicio en asistencia penitenciaria y tengan las herramientas necesarias en el tratamiento del sistema penitenciario. En este taller industrial del penal de Huaraz existen varios rubros que incluyen la confección de calzado, carpintería, entre otros. De igual manera, todos los reclusos están debidamente uniformados y con los implementos necesarios para trabajar durante todo el día, habiendo quedado su pabellón, donde pernoctan, totalmente vacío, dado que se encuentran en actividades y quehaceres productivos.

En tal sentido, mediante este tipo de control se inculca el hábito y disciplina de trabajo e incluso la especialización de los internos por su labor. Este tipo de modelos debe implantarse progresivamente en todos los centros penitenciarios del Perú.

6. Problemática en los penales

Uno de los problemas en los penales en el Perú es el hacinamiento. El caso del penal de Lurigancho resulta llamativo, debido a que tiene un 125% aprox., el penal del Callao con 500% aprox. Otro problema a destacar es la falta de labores preventivas en la sociedad, en donde se evidencia falta de políticas de Estado para frenar el incremento de la población penitenciaria. Asimismo, cabe subrayar el exceso de la aplicación de la prisión preventiva por los órganos jurisdiccionales como un factor importante en el incremento de reclusos en los centros penitenciarios.

La tecnología y su aplicación en el tratamiento penitenciario*

Carlos Alberto Apolinario Ureta**
Subdirector Regional de Tratamientos Penitenciarios de la ORL

SUMARIO: 1. 1. Introducción / 2. Factores a tomar en cuenta en el proceso de resocialización / 3. El tratamiento penitenciario en el Perú / 3.1. Clasificación de los internos / 3.2. Programas de tratamiento / 3.2.1. Programa de tratamiento individualizado (PTI) y Programa de Intervención Multidisciplinaria (PIM) / 3.2.2. Programa de Educación Penitencia / 3.2.3. Trabajo penitenciario / 3.3. Evaluación semestral / 4. Aplicación de la tecnología en el proceso de reinserción: problemas y nuevos retos / 5. El Sistema Integral de Tratamiento Penitenciario.

1. Introducción

La sociedad aparta a las personas cuyo accionar ha sido dirigido de manera contraria a lo que dicta el ordenamiento. Los aísla con el objetivo de evitar que dicho comportamiento sea replicado por los conciudadanos y –de esta forma– se obtenga una sociedad mejor. Estas personas son dirigidas al INPE, debido a que no pueden convivir con la sociedad; así, este instituto se encarga de resocializar al infractor, siempre que se trate de una persona mayor de edad[1]. Ello, debido a que una persona que ha transcurrido dieciocho años de su vida en una forma de sociedad e influenciado por ciertos tipos de valores; al momento de ingresar a un centro penitenciario, el INPE se encuentra en la obligación de redirigir esa concepción impregnada socialmente hacia una acorde a los valores y principios que la sociedad consiente y resguarda.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Licenciado en educación. Servidor penitenciario en el Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Ha sido Director en diversos penales de la región y Director en diversas instituciones educativas penitenciarias en aras del fortalecimiento de los procesos de resocialización. Coautor de publicaciones estadísticas del INPE. Actualmente, se desempeña como Subdirector regional de Tratamientos Penitenciarios de la Oficina Regional Lima.

1 Se debe tener en cuenta que esto rige a partir de los 18 años, toda vez que antes de ello nuestro ordenamiento sostiene y ha definido que otros centros de reclusión son más idóneos para encargarse de la reinserción del menor infractor.

En esta línea, por ejemplo, cuando el infractor acabe su proceso de reinserción –ya sea tras un periodo de seis, siete, ocho años– debe hacerlo siendo un individuo apto para relacionarse con otros símiles sin representar un peligro.

Esta labor sumamente importante ha sido conferida por el Estado al INPE, para el "tratamiento" de estas personas que –por el motivo que fuere– han fallado en adecuarse a los estándares dentro de los niveles de control social primarios (a través de las familias, escuelas, entre otros) y así el INPE –a través del empleo de métodos modernos– reinsertarlos como ciudadanos reformados.

2. Factores a tomar en cuenta en el proceso de resocialización

Al momento de analizar los factores que influyen en el comportamiento de los individuos infractores de la norma penal, resulta menester rescatar la significativa influencia que ostenta el ambiente en el que este se desenvuelve. En la formación del "perfil del delincuente" se debe considerar la idiosincrasia del entorno a través del cual ha obtenido la capacidad errada de lo que es bueno o no; así como no puede soslayarse la situación en la que se encuentran los ingresantes al centro penitenciario. Verbigracia, si un individuo ha sido condenado por el delito de omisión a la asistencia familiar, agraviando a los menores de edad nacidos de una relación extramatrimonial; sin embargo, también es padre de otros menores con su pareja. Bajo este contexto, la reclusión del sujeto implica la imposibilidad de seguir sustentado económicamente a los últimos debido a que se encuentra internado en un penal, lo cual empeora el panorama; por ende, la resocialización debe ser significativa para contrarrestar las posibilidades de reincidencia por lo compleja que es la situación.

Asimismo, tampoco pueden equipararse a las personas recluidas por delitos que afectan bienes jurídicos distintos, cuyo desvalor también es diferente, toda vez que el reproche también lo es.

3. El tratamiento penitenciario en el Perú

Todo tratamiento en el penal se inicia con la ***clasificación del interno*** en aras de determinar cuál es el programa que van a emplear en el proceso de resocialización, para que sea acorde a lo que su conducta requiere. La clasificación, de esta manera, contribuye en el proceso de reinserción social a través de una adecuada y efectiva gestión de riesgo criminológico.

Luego, se somete al individuo a la variedad de ***programas de tratamiento*** que ostenta el INPE; tales como: el Programa de Tratamiento Individua-

lizado (PTI), Programa de Intervención Multidisciplinaria (PIM), Educación Penitencia: Centro de Educación Básica Alternativa (CEBA) y Educación Técnico Productiva (CETPRO) y el trabajo penitenciario.

Finalmente, se realiza la ***evaluación de manera semestral*** del recluso para analizar su respuesta a los mencionados programas, en aras de determinar la progresión o regresión del interno en el régimen cerrado, ordinario o especial y contribuir al cambio de conducta en el proceso de resocialización.

3.1. Clasificación de los internos

Como se explicó en los párrafos precedentes, al momento que ingresa un nuevo recluso en el centro penitenciario, se examina el perfil de este para realizar una correcta clasificación. En el Perú, se segmentan a los internos acorde a:

- Las edades de los reclusos: de dieciocho a veinticinco años, de veinticinco a treinta y de treinta hacia adelante.

- Se separa a las mujeres de los varones.

- Por la gravedad de los delitos: los autores de delitos muy graves son llevados a ciertos centros penitenciarios de máxima seguridad, los que cometen delitos más leves van a otro tipo de penal.

Este tipo de clasificación se lleva a cabo a través de la Junta técnica de clasificación, el cual es un órgano colegiado conformado por un asistente social, un psicólogo y un abogado. Este órgano no recibe injerencia del director del penal, ni del presidente del INPE ni del presidente de la república; de manera que no pueden interferir en sus decisiones, las cuales se sustentan en los lineamientos aprobados por resoluciones presidenciales del INPE. Todo ello deriva en la distribución de los internos en un régimen especial o en uno ordinario.

Al momento de realizar la evaluación para su clasificación, se tiene en cuenta el delito cometido, si ostenta o no antecedentes penales, arraigos, empleo, nivel de educación, edad, si pertenece o no a una organización criminal, si ha reconocido o no el delito, entre otros factores que pudiesen significar cierto nivel de posibilidad rápida de reinserción y respuesta positiva al tratamiento. Estos criterios se ingresan a un software, que está interconectado con el Establecimiento transitorio de Lima (carceleta) y una vez ingresados dichos datos, en tiempo real se consignan en la base de información de la sede central del INPE, en la oficina de registro.

Por último, dichos criterios ingresados son sumados para determinar a qué penal se designará, acorde a la categorización siguiente:

RÉGIMEN ESPECIAL	RÉGIMEN ORDINARIO
A - extra seguridad	máxima seguridad
A	mediana seguridad
B	mínima seguridad
C	

3.2. Programas de tratamiento

Una vez clasificado el interno, se inicia el trabajo desde el área de psicología y el área social para seleccionar –acorde a las características e información obtenida en la fase anterior– el programa de tratamiento correspondiente, los cuales pueden ser:

3.2.1. Programa de tratamiento individualizado (PTI) y Programa de Intervención Multidisciplinaria (PIM)

Este programa consiste en la elaboración de un plan a seguir, basado en actividades prioritarias y complementarias, a través de las cuales el interno deberá participar para que su evaluación de disciplina mejore y se consiga el cambio de grado o la obtención de beneficios penitenciarios.

En primera instancia, se efectúa la **inducción y adaptación al régimen penitenciario**. Cuando una persona ingresa –sobre todo en aquellos casos en los que la detención y posterior encarcelamiento es llevada a cabo en un tiempo relativamente corto– sufre un cambio drástico en su modo de vida. Por ende, desde el INPE se realiza la inducción a través de la plática con el recluso en aras de lograr su resiliencia y evitar un posible atentado contra su vida. En este punto, el papel del psicólogo es fundamental.

Posteriormente, lograda la resiliencia del reo, se realiza una **intervención general**. Primero, se lleva a cabo la intervención preventiva, mediante el empleo de fichas psicológicas que son cuestionarios que arrojan indicadores de personalidad e ir direccionando el tratamiento al área de trabajo, acorde a sus aptitudes. Luego, se efectúa el desarrollo personal o fortalecimiento de sus habilidades sociales: en cuanto al primero, se trabaja a través de terapias, programación de vídeos, reforzamientos de charlas y talleres de desarrollo de empatía; mientras que, el segundo, consiste en el cambio de hábitos en el recluso, mediante la dotación de materiales de lectura, ampliación del bagaje cultural y vocabulario, la preparación del denominado "fútbol mudo", entre otras actividades. Después, se interviene en el soporte familiar, en esta etapa resulta crucial el trabajo del asistente social, a través

del contacto con la familia del interno, videollamadas, el conocimiento de entorno, situación familiar y preocupaciones sobre esta. Inclusive, el asistente puede colaborar en la resolución de ciertos aspectos que preocupan y contravienen en la concentración y progresión del programa, siempre que no interfieran en la legalidad de sus competencias. Así también, en esta intervención resulta importante equilibrar estas actividades con tiempos de libertad y ocio.

Por su parte, concluída la intervención general, se apertura la etapa de la **intervención especializada**. En ese sentido, se cuenta con un programa específico para aquellas personas que presentan adicción al consumo de sustancias, este se trabaja de la mano de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (DEVIDA) –entidad adscrita a la PCM–, quienes envían profesionales y presupuesto para la prueba toxicológica y su inscripción en el programa (primero en fase de internamiento y luego en ambulatorio) con el objetivo de lograr que el interno deje el consumo. Después, se lleva a cabo la aplicación de los programas multidisciplinarios (PM) acorde a los delitos cometidos, de la mano de especialistas de la materia:

- PM -C/LS, para delitos contra la libertad sexual, a través del programa TAS (tratamiento de agresión sexual).

- PM-C/patrimonio, para delitos patrimoniales, es el más voluminoso.

- PM-C/V, C, S, para delitos contra la vida, el cuerpo y la salud.

- PM-C/mujer e integrantes del grupo familiar, para delitos de género, feminicidio, agresiones.

- PM-otros delitos, aquellos que no entren en las categorías anteriores.

Finalmente, para estudiar la **necesidad de una intervención complementaria**, se analizan los factores de riesgo. Estos son entendidos como aquellas condiciones, conductas, estilos de vida o situaciones que suponen un riesgo criminológico por parte de la persona evaluada. De manera que el especialista elabora actividades y charlas, terapias para mitigar dicho factor de riesgo y evitar la reincidencia de los delitos por los que ingresaron. Participan tres tipos de profesionales: abogado, asistente social y psicólogo.

3.2.2. Programa de Educación Penitencia

Obtiene su fundamento en el hecho de la necesidad de una reeducación en los internos que deconstruya o cambie la visión o pensamiento del in-

fractor de la norma. Entre estos programas se encuentra el del Centro de Educación Básica Alternativa (CEBA) y el de Educación Técnico Productiva (CETPRO).

Los primeros son los anteriormente denominados colegios nocturnos (ahora, educación de adultos). Se asemeja al colegio pero con la composición en ciclos inicial e intermedio (similar a la primaria) y un ciclo avanzado (análogo a la secundaria). El primero dura cinco años; mientras que, el segundo, cuatro años. Estos CEBAS ostentan valor oficial, reconocidos por el Ministerio de Educación, que le permite al recluso la posterior postulación a una universidad o escuela técnica superior.

Sobre este punto, resulta importante destacar que –acorde a estadísticas– el 50% de la población de internos no ha culminado la educación básica regular. Esto supone un problema debido a que el certificado de estudios tiene una vigencia de cinco años, por lo que el interno al ingresar al programa CEBA, debe retomar desde el ciclo siguiente al último alcanzado y llevarlo en su totalidad. No obstante, de aquel 50%, el 25% no ha culminado siquiera la educación básica a nivel primario.

Por su parte, los CETPRO son centros especializados orientados hacia el desarrollo de las competencias y capacidades que permitan la inserción laboral o generación de emprendimientos. En este tipo de centro se estudian especialidades como carpintería, confección textil, manualidades, gastronomía, mecánica automotriz, estructuras metálicas, computación, entre otros. Asimismo, también se expide un certificado, que se entrega a nombre de la institución en la que se llevó a cabo y no a nombre del INPE.

3.2.3. Trabajo penitenciario

Finalmente, se encuentra el trabajo penitenciario. Este se encuentra complementado a través del DL N.° 1343 para la implementación y promoción de Cárceles productivas, el cual tiene como objeto *"regular y fortalecer el tratamiento penitenciario y post penitenciario, a través de la promoción y desarrollo de actividades productivas que permitan lograr la reinserción laboral y contribuir a la resocialización de la población penitenciaria"*. De esta manera, se pretende que empresas privadas ingresen a los centros penitenciarios para contratarlos y supervisarlos; el empresario se beneficia por el no pago de almacén, permisos y mano de obra permanente, mientras que el reo obtiene el beneficio del 2x1.

Al respecto, cabe destacar que tanto el trabajo como la educación penitenciaria sirven para reducir la pena conminada.

3.3. Evaluación semestral

Una vez culminado el tiempo del programa seleccionado para el interno, este es sometido a una evaluación cada seis meses. Esto sirve para determinar la existencia o no de la progresión en la adecuación de su conducta dentro de los parámetros del derecho.

Al respecto, resulta menester enfatizar que debe tenerse en cuenta el régimen en el que se encuentra el recluso para evaluar al individuo. De esta manera, en un régimen cerrado, aquel interno que no logre aprobar lo que contiene el tratamiento, se mantiene en el mismo régimen y repite el tratamiento; si se encuentra en uno ordinario y repite en tres ocasiones, regresiona, si se encontraba en mediana, regresa a máxima y si se encontraba en esta, pasaría al régimen especial.

4. Aplicación de la tecnología en el proceso de reinserción: problemas y nuevos retos

Se puede apreciar que, en los últimos años, la tecnología se ha abierto paso respecto a la manera en la que los internos buscan contactarse con la sociedad en libertad; como ejemplo se tiene el incremento del uso de antenas ilegales que se imponen a los bloqueadores de celulares para cometer actos extorsivos dentro del penal hacia los que se encuentran fuera. Lo cual requiere una actuación adecuada de parte del personal del INPE.

Asimismo, hace poco más de diez años, si bien los asistentes sociales visitaban a las familias de los reclusos para la obtención de datos en las fichas; sin embargo, no se acumulaban dicha información en una base de datos, por lo que no se podían obtener indicadores que permitiesen la configuración de nuevos programas. Ahora, debido a la implementación de la tecnología, se pueden obtener datos más exactos.

La pandemia producida por la Covid-19 ha generado una revolución a las formas de desarrollo de las actividades cotidianas de los individuos, el sistema penitenciario no ha sido ajeno a ello, debido a que el confinamiento y la imposibilidad de visitas familiares y conyugales supusieron a las autoridades una contravención para los programas que se desarrollan en los centros penitenciarios y que se han explicado a lo largo del presente artículo.

En septiembre del año 2020 se implementaron las videollamadas entre los reclusos y sus parientes, para lo cual se instalaron computadoras e internet en los penales.

5. El Sistema Integral de Tratamiento Penitenciario

Con miras al 2023, el INPE ha configurado un Sistema Integral de Tratamiento Penitenciario, el cual está dirigido a la mejora de las condiciones mínimas en las políticas de tratamiento y de prevención de la reincidencia.

Así, se tiene el Sistema de Identificación Penitenciaria (SIP), que se encuentra en la carceleta. Se trata de un sistema de interconexión entre todos los penales del país para que –en tiempo real– se obtengan registradas todas las clasificaciones y la identificación de los internos.

Adicionalmente, se cuenta con el Sistema de Tratamiento Penitenciario, que se maneja –a la fecha– mediante una red de *Excel*, que se consolida todos meses; sin embargo, se encuentra en desarrollo un *software* para poder llevar a cabo el registro en tiempo real.

La dicotomía del remedio legal de rehabilitación ¿Un ciudadano se encuentra rehabilitado al cumplimiento de toda la pena impuesta o al momento de cumplido el régimen de prueba y no haber cometido nuevo delito doloso?*

Brandon Santos Mori Ramírez**
Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La rehabilitación / 3. Supuesto de hecho extraído del mundo de los casos / 4. Criterios discordantes de los órganos jurisdiccionales / 5. Condena no pronunciada / 6. Interpretación sistemática de las normas penales para la búsqueda de la armonización del funcionamiento del sistema jurídico penal / 7. Conclusiones.

1. Introducción

Es sabido que la ejecución de la pena ya sea suspendida o efectiva, presupone antecedentes. Posteriormente, según el artículo 69 del Código Penal, la persona quedará rehabilitada cuando se configure algún supuesto de hecho, pero, el mismo artículo no contempla el cumplimiento del periodo de prueba como margen para determinar la rehabilitación.

En ese sentido, existen diferentes postulaciones, respecto a qué momento un ciudadano condenado queda rehabilitado. Una de las posturas se centra explícitamente en lo que nos establece el artículo 69 del CP, partiendo de una interpretación literal, criterio adoptado por algunos órganos jurisdiccionales, pero, como evidencian las distintas resoluciones en las que nos apoyamos, no todos interpretan la ley de la misma forma.

Por lo mismo, a lo largo de este artículo, además de explicar la rehabili-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Abogado Junior del Estudio Jurídico Santiváñez Antúnez Abogados. Maestrando en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires – UBA. Ganador en Técnicas de Litigación Oral en el Concurso Conadepc Ica – 2019.

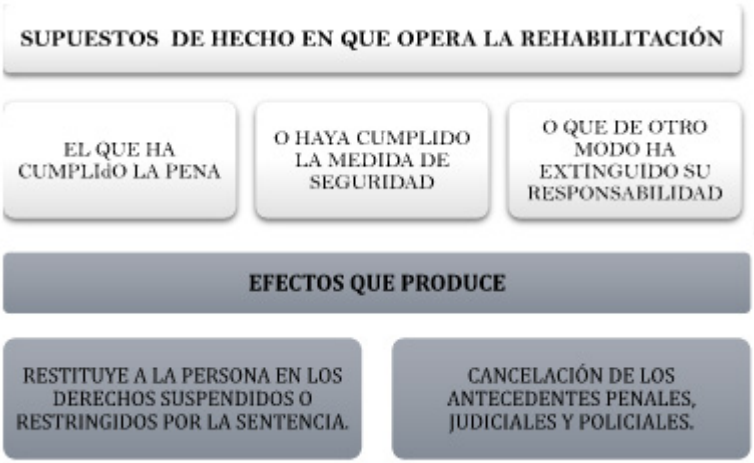
tación, sus supuestos de hecho y efectos, también evidenciamos la postura que defendemos, tomando en cuenta el régimen de prueba y el hecho de no cometer un nuevo delito para determinar la rehabilitación, en base al principio de resocialización y principio de igualdad ante la ley, los cuales podrían verse afectados ante el trato diferenciado.

2. La rehabilitación

El remedio legal de rehabilitación lo encontramos regulado en el artículo 69 del Código Penal de 1991 (en adelante CP), es importante poder entender la redacción plasmada por el legislador:

> ***Artículo 69. - Rehabilitación automática***
>
> *El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, cuando además haya cancelado el íntegro de la reparación.*
>
> *La rehabilitación produce los efectos siguientes:*
>
> *1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se les privó; y,*
>
> *2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.*
>
> *Tratándose de pena privativa de la liberta impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad la cancelación será definitiva.*
>
> *La rehabilitación automática no opera cuando se trata de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de los delitos previstos en los artículos (…) en cuyos casos la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal.*

El artículo en mención establece dos aspectos en torno a la rehabilitación: a) Los supuestos de hecho en que opera (el cumplimiento de la pena o medida de seguridad impuesta y la extinción de la responsabilidad de la sentencia en cualquier modo); b) los efectos que produce (restitución a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia y cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales); postulando el siguiente gráfico:



Debemos entender que la rehabilitación de un ciudadano que ha sido condenado, es de forma automática. Tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el Expediente 2263-2002-HC-TC, en el fundamento jurídico dos, "La rehabilitación [...] conforme lo expresa el artículo 69 del Código Penal, opera automáticamente, esto es, sin más trámite que el puro y simple cumplimiento de la pena o medida de seguridad impuesta o extinguido la responsabilidad [...]" A ello, consideramos también que puede ser solicitada a pedido de parte por el condenado, pues no existe restricción legal.

En palabras de los profesores Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga[1]:

> *La rehabilitación tiene como principal función eliminar los efectos penales de iure que afectan al condenado y que son diferentes a las penas y de las medidas de seguridad. Tales efectos consisten en la imposibilidad de obtener la condena condicional si se comete otro delito, la posibilidad de que se aplique la agravación por reincidencia o de que se califique al autor como habitual, la incapacidad para participar en determinados concursos públicos o ejercer ciertas profesiones, así como toda una serie de restricciones en orden al ejercicio de actividades que necesiten permiso o licencia de algún organismo público. Se trata, por tanto, de un remedio legal que permite anular las consecuencias colaterales de índole penal que produce una sentencia condenatoria en la persona del sentenciado.*

1 Hurtado Pozo, J y Prado Saldarriaga, V. (2011). Manuel de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, 4° edición. Lima: Idemsa, pp. 373-374.

Asimismo, Bustos Ramírez[2], precisa:

> *Si bien la rehabilitación no es una causa de extinción de la responsabilidad criminal, está estrechamente vinculado con ella. El fundamento de la rehabilitación está en el principio de dignidad de la persona que, como hemos visto, es un importante límite a la facultad punitiva del Estado. Con la cancelación de los antecedentes delictivos se trata de restablecer la consideración social de una persona.*

En ese sentido, la finalidad de la rehabilitación es que el ciudadano que ha sido condenado quede rehabilitado y con ello se elimine todo tipo de antecedentes, para que pueda desenvolverse sin mayores obstáculos en el seno de la sociedad.

Por tanto, el operador jurídico debe hacer efectivo el cumplimiento de los efectos jurídicos de la rehabilitación, pues al no cumplir el mandato legal, contraviene con la finalidad de la pena y el principio-derecho de la dignidad humada, tal como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en el Expediente 05212-2011-PHC/TC-Lima, f. j. 5:

> *Al comprobarse que el recurrente, a la fecha de la interposición de la demanda, aún registra antecedentes penales por la condena impuesta […], lo que contraviene claramente con el fin resocializador de la pena contenido en el artículo 139.2 de la Constitución y el principio-derecho de dignidad humana, por cuanto no le han sido canceladas, consideramos que la presente controversia […] debe resolverse a favor de la parte demandante.* (subrayado nuestro)

3. Supuesto de hecho extraído del mundo de los casos

A lo largo de mi trayecto profesional he podido apreciar muchas disyuntivas jurídicas, la que proyectamos a lo largo del presente artículo es una más de las que ya existen.

Surgiendo la siguiente interrogante ¿Un ciudadano queda rehabilitado al momento de cumplir toda la pena conjunta impuesta o al momento de cumplido el régimen de prueba y no haber cometido nuevo delito doloso?

Esa situación jurídica ha sido debatida en varias oportunidades, algunos juristas sostienen que, el ciudadano condenado debe de cumplir toda la pena conjunta impuesta en la sentencia, haciendo una interpretación literal del artículo 69 del CP y otros consideran que quedan rehabilitados al momento de cumplido el periodo de prueba y la no configuración de un

2 Bustos Ramírez, J. (2004). Obras Completas. Tomo I. Lima: Ara, p. 672.

nuevo delito doloso, bajo lo establecido en el artículo 61 del mismo cuerpo normativo.

Por tanto, postulamos un supuesto de hecho muy frecuente en el mundo de los casos: *"Juan fue condenado por el delito de colusión simple (hecho cometido en el 2014) a 04 años de pena privativa de la libertad con carácter de suspendida en su ejecución, imponiéndosele el cumplimiento de un periodo de prueba de 03 años, la pena de inhabilitación de 04 años y el pago de una reparación civil de S/10, 000.00 (Diez Mil Soles)".La sentencia de vista fue emitida el 06 de julio de 2019, de esa forma adquiere firmeza la sentencia de primera instancia.*

Si adoptamos la postura de los jueces y/o juristas, los cuales sostienen que una persona queda rehabilitado al cumplimiento de toda la pena (principal y/o accesoria), entonces, Juan aún no estaría rehabilitado, recién se le podrá otorgar ese estatus el 05 de julio de 2023.

Pero, si nos inclinamos por la otra postura, la cual es, una vez cumplido el periodo de prueba y no habiendo cometido un nuevo delito doloso (tal como describe el artículo 61 del CP), se toma como no pronunciada la condena, y, por tanto, el ciudadano estaría apto para tener el estatus de rehabilitado, pues el periodo de prueba habría culminado el 05 de julio de 2022.

Ese tipo de situaciones es la que vemos muy a menudo en la realidad jurídica, pues algunos operadores jurídicos hacen una interpretación restrictiva de lo expresado en el artículo 69 del CP, y otros tratan de armonizar el sistema penal bajo una interpretación sistemática del artículo 69 y 61 del CP. Esta última postura, es la que el escritor, considera como la más correcta e idónea.

Empero, es importante poder verificar cual es la situación actual respecto a esta interrogante, pues como se sabe toda interpretación de la ley penal queda a criterio de cada órgano jurisdiccional.

4. Criterios discordantes de los órganos jurisdiccionales

Las decisiones jurisdiccionales en todo el Estado Peruano no son las mismas, pues, en un sector podemos encontrar un hecho con un resultado determinado, pero en la otra sección, encontramos el mismo hecho, pero con distinto resultado, tal como apreciamos a continuación respecto al remedio legal de rehabilitación.

La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en el Expediente 02628-2014-0-1708-JR-PE-01, en la Resolución 04 de fecha 09 de mayo de 2022, respecto a la solicitud de rehabilitación de un ciudadano que fue condenado, precisó en el fundamento jurídico

2.9 lo siguiente:

> 2.9. Finalmente, en cuanto a su pedido de rehabilitación de la pena privativa de la Libertad suspendida impuesta; corresponde señalar que ésta no es de recibo, en principio porque conforme a lo antes expuesto, el periodo de prueba aún se encuentra vigente, y **seguidamente porque conforme lo establece el artículo 69 del Código Penal, la rehabilitación aplica al sentenciado que ha cumplido una pena o medida de seguridad que le fue impuesta, en el caso, el recurrente no ha cumplido ninguna de estas condiciones, lo que va a cumplir en su momento es un régimen de prueba**, por lo tanto su extinción **se sujeta a lo establecido en el artículo 67** del Código Penal. (sombreado y subrayado es nuestro)

Como se observa, el criterio adoptado por los jueces de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque es considerar que, una persona adquiere el estatus de rehabilitado, una vez que ha cumplido toda la pena (principal y/o accesoria), nada tiene que ver con el cumplimiento del régimen de prueba, pues su extinción, solo se sujeta a lo establecido en el artículo 67 del CP, y no al artículo 69 del mismo cuerpo legal; verificándose una interpretación restrictiva por parte del operador jurídico.

Contrario sensu, encontramos una decisión judicial, emitida por jueces del mismo distrito judicial, esto es, por la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, el Juzgado de Investigación Preparatoria – MBJ Motupe, en el Expediente 07224-2015-95-1708-JR-PE-01, en la Resolución 42 de fecha 12 de mayo de 2022, precisa respecto a la rehabilitación:

> *Primero: (…) como tal se les impone CUATRO AÑOS DE PENA PRI*VATICA DE LA LIBERTAD SUSPENDIDA EN SU EJECUCIÓN POR DOS AÑOS CON SEIS MESES DE PERIODO DE PRUEBA, y al pago de DIECISEIS MIL SOLES por concepto de reparación civil.
>
> Segundo: Es así que desde la fecha de expedición de la sentencia **hasta la actualidad ha transcurrido el tiempo de condena suspendida ordenada en autos de dos años seis meses** la cual vencería el 28 de noviembre del dos mil veintiuno, así como las sentenciadas han procedido a la cancelación de la reparación civil en el porcentaje que les correspondería por ser de manera solidaria, **por lo que resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 69 del Código Penal** (…) concordante con lo establecido en el artículo 61 del mismo cuerpo legal (…).(sombreado y subrayado es nuestro)

En el citado caso, apreciamos que el juez de garantías consideró prudente realizar una interpretación sistemática del artículo 61 y 69 del CP. Asimismo, bajo ese criterio, también la Corte Superior de Lima, el 36 Juzgado Penal Liquidador – Sede Progreso, en el Expediente 26126-2013-0-1801-JR-PE-36, mediante resolución de fecha 12 de abril de 2022, resolvió:

> a) Recábense los antecedentes penales, judiciales y policiales de (…) b) Requiérase a los sentenciados (…) a fin de que cumplan con realizar o acreditar el pago de la Reparación Civil impuesta en la condena, a fin de proceder a la rehabilitación automática. Notificándose, oficiándose". Y es que de los hechos precisado en el presente expediente se tiene que; **el 29 de noviembre de 2019 se condenó a siete personas por el delito contra la Fe Pública,** en su modalidad de Uso de Documento Público Falsificado, en agravio del Estado, Essalud, y como tal se le impone a cada uno, la pena de **TRES AÑOS de pena privativa de la Libertad, la misma que suspende condicionalmente por plazo de dos años de régimen de prueba** (…); (sombreado y subrayado es nuestro)

El análisis que realiza la señora juez, en la resolución de fecha 12 de abril de 2022, es considerar que algunos ciudadanos ya están rehabilitados, porque si el criterio es que se cumpla toda la pena, entonces la pena se cumpliría el 28 de noviembre del 2022. Pero la señora juez meses antes, el 12 de abril de 2022 ya les otorgó la condición de rehabilitados a los ciudadanos que fueron condenados, pues, estos ya habían cumplido con el régimen de prueba de dos años, y el pago de la reparación civil.

Las decisiones respecto a hechos similares tienen resultados diferentes, tal como se ha verificado en las citadas resoluciones emitidas por jueces de distintos distritos judiciales.

5. Condena no pronunciada

La base legal de la desaparición de la condena, la encontramos redactada en el artículo 61 del CP:

> *Artículo. 61.- Desaparición de la condena.*
>
> *La condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conductas establecidas en la sentencia.*

De la propia redacción del artículo en mención, se verifica dos presupuestos que deben ser cumplidos correctamente por el condenado. De acuerdo a lo siguiente:

Presupuestos a cumplir:

- Cumplimiento del plazo de periodo de prueba, sin infringir las reglas impuestas.

- No se cometa nuevo delito doloso durante el plazo de prueba.

Si un ciudadano que ha sido condenado cumple con estos dos presupuestos, el ordenamiento jurídico le otorga el beneficio de desaparecer su condena que en un determinado momento se le impuso.

En palabras del maestro Villavicencio Terreros[3]:

> *Expirado el periodo de prueba sin que el condenado infrinja reglas de conducta de manera persistente y obstinada o, sin que se cometa nuevo delito doloso; la condena se considera como no pronunciada. Esto supone la extinción de la pena aplicada.*

Asimismo, el maestro Bramont Arias[4], considera que:

> *La suspensión de la condena no representa un mecanismo de sustitución de la pena, sino una renuncia provisional a la ejecución de esta. Lo cometido a comisión es solo la ejecución de la pena impuesta, de manera que cumplida la condición es esa condición la que queda excluida.*

Un dato importante respecto al presente artículo es lo sostenido por la Corte Suprema de la República, la cual considera como una causal excepcional de extinción de la responsabilidad penal, en la Ejecutoria Suprema de fecha 20 de abril de 2006, RN 2476-2005, Lambayeque, fundamento jurídico sexto:

> *(…) por otro lado, la inaplicación del artículo 61 del Código Penal porque se infringió las reglas de conducta no significa que el imputado siempre tendrá inscrita la sentencia, sino únicamente que no pera* ***esta causal excepcional de extinción de la responsabilidad penal.*** *(subrayado es nuestro).*

Por consiguiente, se considera prudente poder sostener que lo regulado en el artículo 61 es una causal de extinción de responsabilidad penal, y eso va a ser acorde con el criterio que a continuación postulamos.

3 Villavicencio Terreros, F. (2002). Código Penal Comentado. Lima: Grijley, p. 222.
4 Bramont Arias, L. (2004). Derecho Penal peruano (visión histórica). Parte General. Lima: Ediciones Jurídicas Unifé, p. 489.

6. Interpretación sistemática de las normas penales para la búsqueda de la armonización del funcionamiento del sistema jurídico penal

Del examen dogmático jurídico penal al artículo 69 del CP y lo verificado en el mundo de los casos, podemos concluir que existe un variedad de interpretación, pues existen disyuntivas en las resoluciones judiciales al momento de querer otorgar o rechazar el remedio legal de rehabilitación, pues la primera postura, considera que una persona queda rehabilitado solo con el cumplimiento de la pena, y la otra parte, sostiene que se debe rehabilitar a un ciudadano condenado, solo con el cumplimiento de las reglas de conducta y no haber cometido nuevo delito doloso, tal como se regula en el artículo 61 del CP.

Como bien se aprecia en el primer párrafo del citado artículo 69 del CP, se establecen los supuestos de hecho en que opera la rehabilitación, siendo tres: a) ha cumplido la pena, b) ha cumplido la medida de seguridad, y, c) o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad.

A partir de ello, postulamos que un ciudadano que ha sido condenado debe de quedar rehabilitada al cumplimiento del artículo 61 del CP, interpretando sistemáticamente ese último supuesto de hecho del artículo 69 del CP. Pues, no puede ser resuelto por el simple entendimiento del método de interpretación literal de la ley penal, teniendo que dotarlo con más contenido, y con ello poder saber a qué se refiere el legislador con la nomenclatura de "*otro modo ha extinguido su responsabilidad*".

La terminología utilizada en el artículo 69 del CP, debe ser interpretada sistemáticamente, recurriendo a otros artículos que nos pueda complementar el mensaje que el legislador nos quiere expresar.

La interpretación sistemática ha sido entendida como aquella que recurre a la totalidad de normas de un sistema legal o a una parte de ellas. Como puede verse, la interpretación sistemática alude a la aplicación del principio de no contradicción propio de la ley. Es decir, las normas tienen que armonizarse para que el sistema funcione.

El Maestro Quiroz Pirez, citando a Federico Puig Peña, afirma que "por interpretación sistemática se considera el esclarecimiento de las regulaciones de la ley penal que se examina mediante su comparación con las otras regulaciones jurídicas, tanto de la misma ley como de las otras".[5]

5 Quiroz Pirez, Renen. Introducción a la teoría del derecho penal. p. 165.

El postulado método de interpretación se fundamenta en que los preceptos, de todo ordenamiento jurídico-penal, no son independientes, ni aislados entre sí, al contrario, conforman un sistema de normas que se coordinan en su estructura orgánica.

Bajo lo desarrollado con anterioridad, sostenemos que el artículo 69 del Código Penal, debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 61 del mismo cuerpo legal.

Más aún, si nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la "rehabilitación" en el **Expediente 00033-2007-PI/TC LIMA**, de fecha 13 de enero de 2009, en el fundamento jurídico 31, "(…) En ese sentido, **por rehabilitación se entiende la recuperación, por parte del ciudadano que ha cumplido su condena,** de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos". (sombreado y subrayado es nuestro)

Verificando que, la fundamentación utilizada por nuestro máximo intérprete de la Constitución, respecto a la rehabilitación, es entender que el ciudadano debe de cumplir su condena para estar rehabilitado. Por tanto, es claro el artículo 61 del Código Penal, el cual regula la desaparición de la condena, y esta se da cuando se cumple con las reglas de conducta y la no configuración de un nuevo delito doloso durante el plazo de prueba.

Debemos entender el concepto de condena, no solo a la pena privativa de la libertad, sino a todos los tipos de pena que se le impongan al condenado en la sentencia (dejando de lado la reparación civil, que como ya se sabe no es un tipo de pena). Entender lo anterior de otra manera, nos conllevaría a tener que pensar que el legislador ha creado diversos tipos de rehabilitación dependiendo de la pena que se le impone a una persona. Y como se verifica de lo analizado en el artículo 69 del CP, es imposible poder tomar como cierto eso.

En esa misma línea argumentativa, nuestra Corte Suprema de la República también se ha pronunciado, en la Ejecutoria Suprema de fecha 21 de setiembre de 2004, en el RN 338-2004, Huánuco:

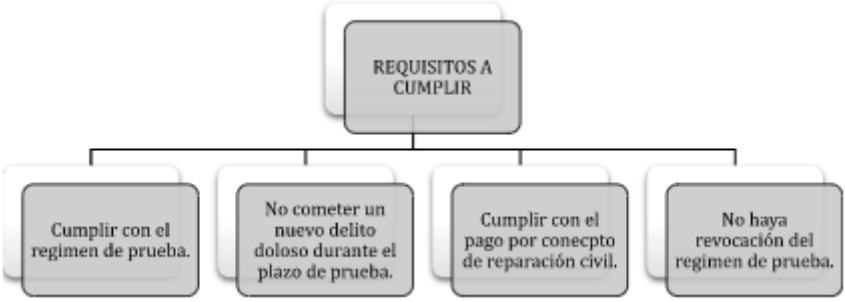
> Conforme a los dispuesto por el artículo 61 del Código Penal, la conducta se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, **supuesto que se ha verificado en el caso de autos, por lo que, la rehabilitación dispuesta a favor del sentenciado se encuentra conforme a ley,** sin que ello importe una limitación al derecho de la parte agraviada a la exigencia de su pago (…). (sombreado y subrayado es nuestro)

El desarrollo postulado ha sido reconocido por algunos órganos jurisdiccionales (resoluciones que han sido citadas), pues han otorgado la rehabilitación provisional y/o automática a ciudadanos que han cumplido con el régimen de prueba, no han cometido nuevo delito doloso durante el plazo de prueba y han cumplido con pagar la reparación civil.

Empero, la única distinción que pone el legislador respecto a la no aplicación de la rehabilitación a un ciudadano es cuando se le ha impuesto la pena de inhabilitación perpetua, solo para estos casos rigen otros criterios, que están textualmente consignados en el último párrafo del mencionado artículo 69. Pero, al sostener eso, el legislador estaría descartando los casos en donde la inhabilitación no es perpetua, por tanto, ese tipo de pena se debe de tomar como parte de la pena conjunta que se impone en la sentencia.

Así pues, es importante poder interpretar las mencionadas leyes penales de manera sistemática, pues se verifica que hay un vínculo claro entre ellas (vínculo entre el último supuesto de hecho del artículo 69 y el cumplimiento de los requisitos del artículo 61 del CP), y; lo que busca el presente escritor, es poder hacer que el sistema penal funcione correctamente, siempre al amparo de la protección a principios y garantías constitucionales.

En ese marco, postulamos cuatro requisitos que el ciudadano debe de cumplir para que se le otorgue el estatus de "rehabilitado", presentando el siguiente grafico:



Al cumplir con el supuesto de hecho establecido en el artículo 69 del CP, el ciudadano quedaría rehabilitado, y por tanto se tendrá que aplicar sus efectos, tal como ha sostenido nuestra Tribunal Constitucional en el Expediente 03384-2015-PA-TC – Sullana, en el fundamento jurídico noveno:

> Ahora bien, conforme lo establece el artículo 69 del Código Penal, **tenemos que la rehabilitación tiene como efecto "la cancelación**

> **de los antecedentes penales, judiciales, y policiales,** es decir, la fecha que opera la rehabilitación automática es, también, la fecha de cancelación de los referidos antecedentes por constituir un efecto de aquella". (sombreado y subrayado es nuestro)

Asimismo, ante el posible rechazo de alguna solicitud de rehabilitación presentada por un ciudadano condenado, sostenemos que, ello lesionaría gravemente el principio de resocialización, como también se generaría una afectación al principio de igualdad ante la ley.

Respecto al contenido del principio de resocialización el Tribunal Constitucional en el Expediente 0021-2012-PI/TC, fundamento jurídico 213, ha precisado que:

> El análisis de constitucionalidad exige determinar cuál es el **contenido del principio de resocialización** que, a juicio de los demandantes, se vulnera. **Este principio, que se compone de los mandatos de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, garantiza que el Estado en la ejecución de la pena desarrolle una serie de actuaciones que permitan asegurar la aptitud de la persona condenada para desenvolverse en la vida en libertad, así corno la reinserción del penado a la vida comunitaria en las mismas condiciones y con los mismos derechos que los demás ciudadanos.** (el sombreado es nuestro)

Por su parte, el principio de igualdad ante la ley o igualdad jurídica se afectaría al momento de apreciar que existen órganos jurisdiccionales que han resuelto conforme a la postura que hemos postulado, mientras que otros órganos descartan el presente criterio jurídico, generando una desigualdad jurídica al momento de resolver este tipo de situaciones. La esencia del presente principio es que todas las personas deben de ser tratadas de la misma forma por la ley.

En consecuencia, sostenemos que el criterio que hemos desarrollado a largo del presente artículo, es el que debe de adoptarse para futuras controversias.

7. Conclusiones

- La rehabilitación constituye un remedio legal que busca suprimir los efectos legales a través de la función resocializadora de la pena. Pero ello, no se debe entender bajo ningún supuesto que los efectos pretenden extinguir la responsabilidad del condenado, todo lo contrario, lograr el óptimo desarrollo social del ciudadano.

- El artículo 69 del Código Penal, establece que la rehabilitación opera automáticamente para los supuestos en los que se ha cumplido la pena, la medida de seguridad o cuando la responsabilidad se ha extinguido; además surte efectos de carácter reconstituyente en cuanto a los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia y la eliminación de todo tipo de antecedentes (policiales, judiciales y penales).

- Los supuestos de hecho vistos como situaciones reales en cuanto a la rehabilitación, son innumerables. Sin embargo, la más frecuente suele ser ¿En qué momento queda rehabilitado un ciudadano que ha sido condenado?, si con el cumplimiento de toda la pena o al cumplir con el periodo de prueba y la no configuración de un nuevo delito doloso. De aquí surgen dos posturas, la de los jueces quienes postulan que es el cumplimiento de toda la pena la que determina la rehabilitación; y la segunda que toma en cuenta el cumplimiento del periodo de prueba, pero además la no realización de un nuevo delito doloso.

- Resulta importante poder adoptar un determinado criterio, con la finalidad de realizar una correcta protección a los principios y garantías constitucionales de todos los ciudadanos. Pues, el no considerar la postura planteada por el presente autor, podría conllevar a lesionar el principio de resocialización y principio de igualdad ante la ley.

La cárcel como factor criminógeno y política penitenciaria*

Jorge A. Pérez López**
Subdirector Regional de Tratamientos Penitenciarios de la ORL

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La cárcel como factor criminógeno y la política penitenciaria en el Perú / 3. Conclusiones /4. Recomendaciones / 5. Bibliografía.

1. Introducción

En nuestro país, comúnmente se confunde la política criminal con represión, y ésta con prisión; construyéndose así un modelo de política propia de un Estado terapéutico, o sea, un Estado que busca la "curación" de las enfermedades sociales por intermedio de la sanción. Sin embargo, la problemática penitenciaria no ha sido tratada con la importancia que merece; así como no existe una política criminal como un programa racional y estructuralmente concebido, tampoco existe una política penitenciaria con esas características.

El incremento de la criminalidad violenta y la sensación de inseguridad de los ciudadanos, reforzada por los medios de comunicación social, encuestas de opinión y sucesos policiales impiden que se realice una verdadera política penitenciaria; ya que la sociedad exige del Estado mayor seguridad y sanción. "**Ojo por ojo y diente por diente"**, constituye una frase cotidiana de los políticos, autoridades públicas y hasta un clamor de las mayorías. El Estado responde a esa exigencia con mayor represión sobre

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogado por la USMP. Máster en Derecho Penal Económico internacional por la Universidad de Granada y Máster en Cumplimiento normativo en Materia Penal por la Universidad de Castilla - La Mancha.. Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Docente universitario de Derecho Penal en la UNMSM

el crimen[1], sin preocuparse de las deficiencias y carencias estructurales de la administración de justicia del país y del sistema penitenciario. El uso desproporcionado de la respuesta punitiva del Estado, no se ha traducido en una disminución de la criminalidad, lo que ha logrado es el desarrollo de un control penal desordenado y arbitrario, que se suma a los recortes fiscales realizados por el Estado en los sectores de bienestar social que tienen efectos muy negativos para la prevención primaria de la criminalidad; y dentro de los sistemas de justicia penal en particular, el Estado no ofrece suficiente presupuesto para solucionar los problemas de las entidades de justicia, menos para aplicar una política criminal penitenciaria coherente.

En nuestro país, la problemática carcelaria[2] se da por el incremento inmanejable de la población carcelaria; el abuso del empleo de la prisión preventiva[3], los lentos procedimientos, la resistencia judicial a las penas alternativas a prisión, las legislaciones especiales y las sentencias o condenas excesivamente largas, penas que atentan muchas veces contra el principio de dignidad de la persona y que resultan contradictorias con el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, conforme a los fines de resocialización y humanidad; contraviniéndose el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución vigente, el mismo que se sitúa en el esquema constitucional de Estado social, toda vez que recoge el principio de que la Ejecución Penal o el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del procesado a la sociedad; marcándose metas concretas de contenido social y no sólo limitándose a la consagración de garantías formales, produciéndose una alineación con las corrientes humanitarias centradas en torno a la idea de resocialización.

1 El Código Penal vigente se ha visto sustantivamente modificado por el desarrollo de una política penal de excepción que estuvo, en un principio, basado en la lucha contra el terrorismo y que ha expandido su influencia a otros ámbitos de la delincuencia común. Esto ha implicado una ampliación, en sentido negativo del sistema de penas. Esta ampliación se ha concretizado en el uso cada vez más desmesurado e irracional de la cadena perpetua, una ampliación significativa de la duración promedio de la pena privativa de libertad, una instrumentalizaciòn simbólica y coyuntural de la pena de muerte, y un subdesarrollo de las penas limitativas de derechos.

2 Por cada 900 personas en el país, una permanece en prisión; en el Callao se extrema esa cifra a 2 personas presas por cada 1,000 habitantes. En los últimos 10 años la población penitenciaria en el Perú ha crecido significativamente (30,398 internos a marzo del 2004). Un ejemplo de este desborde sobrepoblacional carcelario se encuentra en la Región Callao, con un 66% de incremento de la población penal entre el 2000 y el 2004. Fuente: INPE. Informe Estadístico (Marzo del 2004).

3 Es cuestionable la institución denominada detención preventiva o policial (el porcentaje de sentenciados en prisión es 30.1%, mientras que los procesados son el 69.9 %), dada la importancia del derecho fundamental que vulnera, cual es la presunción de la inocencia (artículo 224, inciso 2, pgr. e de la constitución). Esta detención debe ser una medida estrictamente excepcional, para casos de peligro de fuga, obstrucción de la justicia, o de que la persona cometa una infracción grave; en todo caso en supuestos de infracciones particularmente graves, ya que debe predominar el interés individual de salvaguarda del derecho fundamental (libertad personal) frente al interés social de persecución penal. También es cuestionable la realización de detenciones por redadas, detenciones para la verificación de antecedentes o requisitorias, entre otras formas de intervención frecuentes y que a la vez son selectivamente utilizadas contra los ciudadanos de clases bajas y marginales.

2. La cárcel como factor criminógeno y la política penitenciaria en el Perú

El régimen penitenciario se basa en la necesidad de rescatar para la sociedad a quienes han delinquido. De allí se explica la búsqueda de la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad[4]. Estos objetivos constitucionales han tomado un carácter utópico, ya que solo una ejecución orientada y desarrollada, que no existe en nuestra realidad, puede resocializar a un individuo en un medio como la prisión, que se cuenta entre los principales factores criminógenos (para la mayoría de internos será una escuela que lo graduará de delincuente) y además es considerado como una maqueta de la sociedad, puesto que en ella se repiten el autoritarismo de los que "administran el poder", la verticalidad de las jerarquías y de los status, la corrupción, la violencia, los ilegalismos económicos, los atentados contra la vida y la integridad personal, los atentados sexuales, el tráfico y el consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, las organizaciones criminales, etc. El principal problema es que la prisión es el espacio central de ejecución penal[5], éste es y ha sido la gran respuesta al problema social del delito; los discursos de resocialización, prevención, protección y hasta la misma retribución, no han sido nada más que eso.

ALESSANDRO BARATTA[6] señalaba que en la prisión no puede haber ninguna política de rehabilitación, porque no pueden compaginar la inclusión o inserción cuando la institución es básicamente excluyente. La perspectiva sería entonces erradicar la exclusión total[7]. Toda vez que no se ve claramente como una institución "totalitaria"[8] puede cambiar a una persona cuya situación de desigualdad y postergamiento social lo habrían lanzado al delito, ya que la pena privativa de libertad efectiva es una suerte de justicia selectiva; caen en ella, preferentemente, quienes pertenecen a los sectores sociales más desfavorecidos (clases subalternas y marginales). Tampoco se ve como los muros y el severo régimen disciplinario de una prisión, plagado de violencia y arbitrariedades, pudiera persuadir al interno al cambio de sus comportamientos. Ello más bien afianza su rol subalterno y marginal, ahora con una condición marginal más: la de etiquetado delin-

4 Bernales Ballesteros, Enrique (1998): La Constitución de 1993 – Análisis comparado. 4ta. Edición. Lima, Altagraf S.A., p. 663.
5 Tocora, Fernando (1990): "Política Criminal en América Latina". Bogotá, Del Profesional, p. 19.
6 Idem, p. 81.
7 Idem, p. 84.
8 La cárcel, como "institución total" de carácter punitivo, genera por naturaleza violencia y patologías propias que dañan a quienes la habitan, a este efecto natural se debe agregar el efecto multiplicador producido por el hacinamiento y la frecuente imposibilidad de satisfacción de necesidades elementales, como salud, alimentación o abrigo.

cuente[9]. BARATTA[10] también señala que debe abandonarse la ilusión de poder "reeducar" en el interior del sistema penal. Hace algunos años atrás, en nuestro país, la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de la Justicia, admitió que *"(…) no están dadas (y probablemente no estén en mucho tiempo) las condiciones para rehabilitar a los condenados*".[11] Por lo tanto, no se consigue el objetivo de la norma constitucional; verificándose esto en las altas tasas de reincidencia delictiva.

El tema principal en que radicaría una verdadera política penitenciaria, es aplicar la cárcel lo menos posible buscando sustitutivos o bien, alternativas a ella; esto debido a los efectos de deterioro que ejerce sobre los internos, la traslación de la pena a familiares y allegados del preso, los resultados negativos que revierten sobre la comunidad, y su alto costo; además la selectividad del sistema penal se hace más notoria en las cárceles, donde se acrecientan los fenómenos de prisionalización, estigmatización y etiquetamiento; motivo por el cual se debe llegar a una *critica de la razón punitiva con miras a la ética del no penar*[12]. Lamentablemente no existe una política nacional de despenalización, ni apertura hacia alternativas de diversificación de la sanción de pena privativa de libertad, lo que sumado a la política de crear nuevas conductas típicas y al aumento de las penas, da lugar al hacinamiento carcelario; existiendo vulneración del artículo 139º, incisos 20º y 22º, de la Constitución Política. Esta situación es causa de la mala alimentación, enfermedades, dificultades en la clasificación y separación de los internos, entre otros problemas de nuestras cárceles.

El inciso 20 del articulo 139º de la Constitución ampara "el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados". En nuestra realidad las cárceles constituyen sinónimo de iniquidad, en donde convergen la degradación y los más refinados mecanismos de trato inhumano[13]. La limitada y muchas veces inadecuada infraestructura penitenciaria y la falta de presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) para atender las necesidades básicas de salud, educación, trabajo y justicia de la sobrepoblación carcelaria influye en la calidad de vida de miles de internos, sus familiares y finalmente en la sociedad.[14] Todo esto sumado a la falta

9 Idem, p. 79.

10 Baratta, Alessandro (1986): "Integración-prevención: una nueva fundamentaciòn de la pena dentro de la teoría sistémica" (Trad. de Mauricio Martínez). En: DPC N° 29, Vol. III. Bogotá.

11 Fuente: Plan Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, Comisión Especial para la Reforma de la Administración de Justicia-CERIAJUS, Área No. VII, Reforma del Sistema Penal, página 325. www.cerijus.org.pe

12 Scheerer, Sebastián (2002) "¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?". En: Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 3, Lima, p. 350.

13 Bernales Ballesteros, Enrique. Op cit, p. 662.

14 Los índices de tuberculosis, hepatitis, VIH y enfermedades crónicas son superiores proporcionalmente en las cárceles que en la población peruana.

de un tratamiento para la reinserción del interno convierten a la norma constitucional en letra muerta.

Como se señalara en el párrafo anterior, el interno requiere un tratamiento que lo prepare para su reinserción social que radicaría en una intervención de un equipo técnico criminológico, interdisciplinario, que cubra las áreas psicológica, social, pedagógica y médica, constituyendo su función principal la de evitar la prisionalización del interno, mantener su salud física y mental (como el tratamiento de vicios, por ejemplo), romper la estigmatización y prepararlo para el muy probable etiquetamiento; además, impedir que pierda el tiempo, utilizándolo en algo útil como el aprendizaje de un oficio, mejoría en el nivel académico, o el desarrollo de un trabajo; también aplicarse programas de asistencia al liberado. Lo que se buscaría con éste tratamiento es desaparecer el ambiente antinatural de las cárceles, ya que una de las causas más importantes del fracaso del régimen penitenciario es el ambiente negativo en el que se desenvuelve el interno.

DI TULLIO[15], afirma que es necesario dar al detenido la sensación de que no es solamente un número, un culpable rechazado por la sociedad sino un hombre entre los hombres, he allí la importancia de la participación de la familia para la rehabilitación del interno. Lamentablemente, en nuestro país existe una gran escasez de fondos económicos para un trabajo de esta índole.

La necesidad de una sanción privativa de libertad efectiva se debe dar en función de la relevancia constitucional del bien jurídico afectado (las alternativas de prisión deben convertirse en regla y la prisión ser la excepción); reforzada esta idea por el valor preeminente que la Constitución concede a la libertad personal. FIDEL ROJAS[16] señala que la imposición de la pena, especialmente la privativa de libertad, es la más violenta intervención que hace el Estado (monopolizador del *jus puniendi*) en el bien jurídico "libertad" del condenado, el más valioso valor integrador de la condición humana y que fundamenta la existencia de sociedades libres; esto se debe a que la libertad personal es el último espacio de autonomía y participación del ciudadano en la vida social y política del país, garantizador del desarrollo de los demás derechos fundamentales como la vida, honor, integridad física, etc. La imposición de una pena privativa de libertad, para ser coherente con la Constitución, debe basarse además en un proceso individualizado que permita el examen de la personalidad del autor del hecho delictivo;

15 Di Tullio, Benigno (1966) "Principios de criminología clínica y psiquiatría forense", Madrid, Aguilar, p. 486.

16 Rojas Vargas, Fidel (2004):"Pena, Resocializaciòn y Beneficios Penitenciarios: Aproximaciones discursivas a una de las utopías contemporáneas del Derecho Penal humanitario". En: Dialogo con la jurisprudencia - Cuadernos jurisprudenciales Nº 33. Lima, marzo, p. 3.

LOLA ANIYAR DE CASTRO[17] propone una "psiquiatrización de la justicia"; la misma que implicaría la utilización de "servicios no judiciales", que asumirían el trabajo de tomar al procesado y darle seguimiento a su caso, para lo cual las Cortes abrirían sus puertas a especialistas (como por ejemplo, en ciencias de la conducta), como verdaderos partícipes en el proceso de impartir justicia.

Dada la corresponsabilidad del Estado, las sanciones han de contemplar, cuando el caso lo requiera, formas de apoyo a la persona, con el objeto de que en el futuro pueda resolver sus conflictos sociales de un modo diferente al de los hechos delictivos. La pena o sanción no puede ser simplemente un castigo, sino que tiene que ofrecer alternativas diferentes para la solución de los conflictos.[18]

Una política efectiva para evitar los graves problemas que conlleva el incremento del índice delictivo y el consecuente problema carcelario, es la prevención. Esta se logra impulsando el diseño y aplicación de políticas integrales e integradoras, que combinen lo social con lo jurídico-legal. Se trata de no generar condiciones sociales y económicas para delinquir. La exclusión social a la que se encuentran sometidos una gran parte de la población que vive con menos del sueldo mínimo vital, encontrándose marcados por la pobreza en sus condiciones de vida, escasos o nulos niveles de educación, desempleo y empleos precarios constituyen un puente directo a la criminalidad, motivo por el cual el Estado debe dirigir políticas y programas hacia la igualdad de oportunidades que garanticen al acceso a la educación, a la vivienda, a la salud, a la alimentación, al deporte, al sano esparcimiento, entre otros. La política criminal no podrá sustituir las políticas sociales, económicas, educativas, culturales, etc., más aún que estará supeditada a ellas[19].

Otro tema importante para la aplicación de una adecuada política criminal y penitenciaria es el control penal de menores, teniéndose en cuenta que las estadísticas delincuenciales de menores son apreciables y que los centros de internamiento de menores no han evitado la recaída en las infracciones penales de gran parte de menores que han sido tratados en ellos, debido en gran medida al paralelismo en el sentido represivo y de institución total entre la prisión y los centros de internamiento de menores. El sistema penal de los adultos se nutre en buena parte de antiguos menores-infractores

17 Aniyar De Castro, Lola (1987): Criminología de la Liberación. Maracaibo, Universidad del Zulia., p. 104.
18 Bustos Ramirez, Juan (2004): Obras Completas. Tomo II: Control social y otros estudios. Lima, Ara, p. 717-718.
19 Idem, p. 714.

y menores-abandonados[20]. Por lo que el Estado debería aplicar políticas al respecto.

Para culminar, habría que señalar que el éxito de cualquier política criminal o penitenciaria depende de las posibilidades económicas de que se disponga y a la preparación científica y técnica del personal encargado de llevarlo adelante.

3. Conclusiones

- Para aplicar una verdadera política penitenciaria, es necesario abrir las cárceles, ya que uno de los problemas esenciales que tiene es el hacinamiento que impide la realización de un tratamiento al interno, aplicándola sólo en función de la relevancia constitucional del bien jurídico afectado; las alternativas de prisión deben convertirse en regla y la prisión debe ser la excepción; buscando sustitutivos o bien, alternativas a ella; esto debido a los efectos de deterioro que ejerce sobre los internos, la traslación de la pena a familiares y allegados del preso, los resultados negativos que revierten sobre la comunidad, y su alto costo.

- Es importante erradicar la exclusión total de las cárceles como política penitenciaria, ya que la cárcel como institución totalitaria produce prisionalización, estigmatización y etiquetamiento (como delincuente) en el interno, lo que a la postre hace muy difícil su resocialización (readaptación, reeducación y rehabilitación); por el contrario, esto afianza más su rol subalterno y marginal.

4. Recomendaciones

- El Estado podría aplicar políticas de despenalización aplicando con mayor frecuencia las figuras denominadas derecho de gracia: La gracia presidencial, como el indulto; la amnistía y la conmutación de penas (artículos 102 inciso 6 y 118 inciso 21 de la Constitución). Pero el indulto y amnistía, no pueden ser puertas abiertas a la impunidad, sino vías de desahogo de aquellos delincuentes de nula peligrosidad, de gran dignidad, que no necesitan tratamiento y para quienes la condena sería una aflicción completamente inútil. Asimismo, se podría beneficiar con la libertad a los internos en situación de vulnerabilidad, como los enfermos graves, los internos mayores de 60 años y los enfermos psiquiátricos. También a los internos que se encuentren siendo procesados (incapacitados para perturbar la actividad probatoria o mediante la libertad por exceso de detención procesal), a los sentenciados a pena privativa de libertad efectiva de corta duración y a los internos condenados a pena privativa de

20 Tocora, Fernando. Op cit, p. 89.

libertad efectiva que hubiesen atentado contra bienes jurídicos que no tengan la importancia necesaria para la aplicación de éste tipo de pena. También se podría utilizar algunas instituciones penales que eviten el proceso penal o la privación de la libertad como pena, como el Principio de oportunidad, la reserva de fallo condenatorio, la exención de la pena, la suspensión de la ejecución de la pena (condena condicional); las penas alternativas a la privación de la libertad como la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres (llamada por algunos autores arresto de fin de semana), la restricción o privación de derechos (como la inhabilitación, que en nuestro país comúnmente se emplea como pena accesoria de la privativa de libertad), el arresto domiciliario (como sustituto de la prisión preventiva) y las penas pecuniarias, como los días multa, por ejemplo. Además se debería limitar la detención preventiva a través de los Principios de excepcionalidad, de proporcionalidad y prohibición de exceso de detención y de provisionalidad de la detención. Es también importante el tema de los Beneficios Penitenciarios, ya que constituyen un mecanismo eficaz de despenalización. Otro tema pendiente es el trabajo obligatorio en libertad. También se podría regular la libertad bajo fianza, muy criticada porque favorecería a los internos que contarían con recursos económicos; en todo caso, se podría utilizar la figura denominada libertad juratoria, llamada también libertad bajo protesta, la misma que no exige garantía económica, sino sólo la promesa del procesado de que se presentará ante el juez todas las veces que sea requerido; asimismo la libertad por reparación del daño al bien jurídico (tendría que tratarse de un bien de libre disposición, evidentemente), entre otras alternativas.

- Como política penitenciaria es importante la realización de un tratamiento al interno (con personal idóneo) con el fin de lograr su rehabilitación; también se podría diversificar la prisión, a fin de tener una serie de "prisiones" que sean menos vindicativas, y que vayan excluyendo los vicios y defectos que tiene la prisión tradicional, o sea que sean cada vez menos "prisión"; a través de regímenes de prisión abierta, consistente en núcleos de población, en que la vida sea lo más similar a la de un pueblo cualquiera, y en que se pueda producir y tratar sin que el criminal sufra la separación de la familia).

5. Bibliografia

Aniyar De Castro, Lola (1987): *Criminología de la Liberación.* Maracaibo, Universidad del Zulia.

Baratta, Alessandro (1986): "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica" (Trad. de Mauricio Martínez). En: *DPC* N° 29, Vol. III. Bogotá.

Bernales Ballesteros, Enrique (1998): *La Constitución de 1993 – Análisis comparado.* 4ta. edición. Lima, Altagraf S.A., p. 663.

Blossiers Hûme, Juan José (2000): *Por los Nuevos Derechos Garantistas de los Internos – Estudio Criminológico Jurídico sobre el Problema Penitenciario en el Perú.* Lima, Afa.

Bustos Ramirez, Juan (2004): Obras Completas. Tomo II: Control social y otros estudios. Lima, Ara.

Chirinos Soto, Enrique y otro (1995): *Constitución de 1993 Lectura y Comentario.* Lima, Piedul S.R.L.

Di Tullio, Benigno (1966) *Principios de criminología clínica y psiquiatría forense*, Madrid, Aguilar.

Hugo Vizcardo, Wilfredo (1997): *Manual de derecho penal y Penitenciario.* 8va. edición. Lima, Normas Juris.

Reyes Echandia, Alfonso (1987): *Criminología.* 8va. edición. Bogotá.

Rojas Vargas, Fidel (2004): "Pena, Resocialización y Beneficios Penitenciarios: Aproximaciones discursivas a una de las utopías contemporáneas del Derecho Penal humanitario". En: *Dialogo con la jurisprudencia - Cuadernos jurisprudenciales* Nº 33. Lima, marzo.

Scheerer, Sebastián (2002): "La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?". En: *Doctrina y Jurisprudencia Penales* Nº 3, Lima.

Solis Espinoza, Alejandro (1999): *Ciencia Penitenciaria y Derecho de ejecución Penal.* 5ta. edición. Lima.

Tocora, Fernando (1990): *Política Criminal en América Latina. Bogotá, Del Profesional.*

Villavicencio T., Felipe (2001): "*Código Penal Comentado*". 3ra. edición, Lima, Grijley.

V. CRIMINOLOGÍA Y CRIMINALÍSTICA

Reflexiones sobre las posibilidades y límites del abordaje de la prevención en el siglo XXI*

Julio Corcuera Portugal**
Universidad Nacional de Trujillo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Contexto de pandemia / 3. Dinámicas sociales / 3.1. Barrio / 3.2. Juventud / 3.3. Paradigmas / 3.4. Ciberdelito / 4. Conclusiones.

1. Introducción

En el Perú, actualmente existen problemáticas que –aparentemente– parecen no tener fecha de caducidad, uno de estos es la comisión de delitos. De esta manera, se puede apreciar cómo día a día estos se efectúan y agravan la situación social del país.

Ante este escenario, el Estado se ha visto en la necesidad de crear la figura de "la prevención del delito", la cual se encuentra instrumentalizada a través de las Fiscalías de Prevención de Delitos.

Así, el Estado les delega las funciones de reunir, planificar, direccionar, supervisar, promover y sensibilizar en torno a esta problemática. No solo enmarcadas en contextos criminológicos vinculados al Derecho Penal, sino además en términos de convivencia y enfocados en la construcción de una cultura de paz que nos beneficia como sociedad en conjunto.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el III Congreso de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 15 de octubre del 2022.

** Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Master en Relaciones y Asuntos Internacionales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido Director de Escuela de Relaciones Internacionales y Gobierno en la Universidad Tecnológica del Perú. Ha sido viceministro de Seguridad Pública en el Ministerio del Interior. Es Coordinador Programa de Ciberdelito y Coordinador del área de Prevención del Crimen y Justicia Penal en la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito para Perú, Ecuador y el Cono Sur.

Asimismo, ante el inminente avance de nuestra sociedad muchas instituciones, las dinámicas institucionales que se han constituido en la ciudad se encuentran vinculadas a paradigmas del siglo XX.

Por ello, resulta imprescindible conocer más sobre cómo se ha venido cambiando dichas dinámicas en el siglo actual. Esto, de alguna manera, ha cambiado la forma en cómo se abordan los servicios del Estado y –esencialmente– en las modalidades mediante las que se aborda la categoría de la "prevención del delito".

2. Contexto de pandemia

Resulta relevante para el presente análisis ubicar el contexto en el que se desarrolla las situaciones estudiadas, ya que la pandemia sin discriminación ha afectado muchas de las dinámicas y relaciones sociales que se hallaban antes de esta; ya sea porque, debido a que se suscito la enfermedad de la COVID-19, muchos familiares o incluso uno mismo se ha visto afectado tanto en la salud, como en el estrés o depresión que el encierro ha significado (la denominada "cuarentena obligatoria"); sin soslayar las significancias que originaron los problemas económicos o simplemente porque los hábitos educativos, laborales y sociales se transformaron.

Así entonces, con la pandemia surgen nuevas dinámicas sociales. Por ejemplo, las reuniones virtuales, misas virtuales, matrimonios virtuales, velorios virtuales, etc. se vieron revolucionados con el sufrimiento total o parcial de la imposición de ciertas limitaciones que desnaturalizan el común desenvolvimiento de lo que, para el individuo, era común y habitual.

Estas nuevas dinámicas sociales significan en el Perú y en el mundo entero un cambio en ciertas dinámicas delictivas, ya que el crimen no está por fuera de la sociedad, sino es parte; por ello, el constructo del crimen también cambia.

Entonces, en un espacio virtual donde cambian muchas cosas, la interacción entre pares también lo hacen. Verbigracia, se sabe que –en la actualidad– muchas personas ostentan una cuenta de *Facebook*, el cual es un espacio virtual donde se tiene muchas amistades que no se llegan a conocer en persona pero con las que uno puede comunicarse a través de la distancia. Antes de la tecnología, en los años noventa, este tipo de interacción habría sido imposible, toda vez que la forma de socialización en esos tiempos consistía normalmente en conocer a las amistades en la parroquia, en el barrio, en el colegio, etc.

Sin embargo, con la aparición de las redes sociales, el internet, los celulares,

las formas de comunicarse y la interacción entre pares también evoluciona.

Analógicamente, las dinámicas del crimen también son susceptibles de transformarse. Por ejemplo, en el *ciberdelito*, el aumento de las estafas y mensajes de promociones insoslayables como "ganaste un auto", "tres meses de *Netflix* gratis", "actualiza tu clave del banco" suelen ser cada vez más frecuentes. Estos engaños, donde la gente cae y pierde su dinero a través del *phishing*, el *malware*, etc., evidencian cómo una persona puede obtener el dinero de otra ya no poniendo una pistola en la cabeza, sin la ayuda de un cuchillo, sino que obtiene esto a través de engaños por medio de redes sociales o hackeando cuentas. Por ello, el perfil de la persona que comete delitos también ha cambiado y debe tenerse esto en cuenta al momento de analizar un caso de esta índole.

Anteriormente, si el actor criminal hurta celulares, este cuenta con la habilidad de arrebatar y correr con mucha velocidad. Si el actor criminal es un estafador, este cuenta con la habilidad de embaucar y engañar; no obstante, ahora ha surgido el perfil del actor criminal que vulnera ciertos sistemas informáticos, cobra por cambiar notas en el sistema de una universidad, secuestra información, entre otras modalidades. Por ello, se entiende que la habilidad que tiene una persona que comete *ciberdelitos* es muy distinta a la habilidad de aquel que hurta o roba un celular y sale corriendo.

En suma, las dinámicas sociales generan una interacción distinta en la sociedad entre los pares y esto genera nuevas dinámicas del crimen que conducen a repensar ciertos perfiles criminológicos. Por citar un ejemplo, una persona que –desde su computadora– ingresa a las cuentas bancarias de cien personas de muchos países tiene un perfil completamente distinto que aquel que cada cierto tiempo sale a las calles a robar. De esta manera, el autor de un ciberdelito requiere de una computadora y de internet, los cuales son elementos que han sido creados a finales del siglo XX.

3. Dinámicas sociales

Existen ciertas dinámicas sociales que han cambiado y que dejan una visión crítica de cómo comprendemos a nuestra sociedad.

3.1. Barrio

El barrio era un punto referente importante; debido a que, en este lugar, las personas entablan amistad con la gente que vive cerca a uno, con gente del colegio, de la iglesia, etc.; sin embargo, en el siglo XXI las cosas cambian. Por ejemplo, un chico que reside en Comas puede tener interacción diaria con jóvenes de Villa María del Triunfo, de San Juan de Lurigancho o de

Surco y todos ellos se pueden encontrar en una plataforma virtual determinada sin la necesidad de convivir físicamente, porque tal vez comparten los mismos gustos musicales por el *k-pop*, mismo estilo de películas, entre otras afinidades Así, a través de la virtualidad, pueden incluso acordar reunirse en determinado lugar, hora y fecha de manera presencial. Entonces, la categoría de barrio y la forma de socializar ha cambiado.

3.2. Juventud

La ley peruana establece que la juventud abarca desde los 15 a 29 años de edad. Actualmente, en los diversos programas de entretenimiento en televisión, se presentan a personas aparentemente jóvenes, pero que en realidad tienen más de 40 años. Entonces, la categoría "joven" se relativiza y cambia, lo cual es un dato importante; ya que el ser joven hoy es muy distinto a lo que significó ser joven hace diez o quince años atrás. Actualmente, una persona de 35 años se puede ver joven a simple vista gracias a los avances de la medicina antiedad.

Por ello, aquí surgen interrogantes como "*¿qué es ser joven?*", ¿lo que dice la ley?; "*¿qué determina ser joven?*", ¿la dinámica de consumo?

Ahora bien, se suele pensar que las categorías son estáticas; mas esta idea es errática, ya que siempre existió en la humanidad la concepción de niñez o la idea de joven; toda vez que son creaciones que se han venido desarrollando a través de la historia.

Anteriormente, se pensaba que un niño era un "adulto chiquito" y que un joven era un "adulto en camino"; pero hoy a la juventud ya se le considera en un espacio diferente. Esta idea surgió en el siglo XX recién y ya en nuestros días la juventud se ha asociado con la promoción de vitalidad, el ejercicio y la vida sana de la mano del avance de la medicina estética y antiedad.

3.3. Paradigmas

Surgen paradigmas de cambios generacionales lejos de la comprensión en muchos adultos. Como ejemplo, la gran acogida que reciben los grupos de *k-pop*, artistas como *Faraón Love Shady*, el mundo de los videojuegos como *Dota*, entre otros. Por ende, muchos no llegan a comprender por qué –en tantos casos– los jóvenes se encuentran abstraídos y juegan como si fueran profesionales. Sin embargo, esto debería entenderse entre los adultos ya que la comprensión de la dinámica social y paradigmas sociales se transfieren en un imaginario que luego implementará proyectos, programas, políticas públicas y servicios a la comunidad.

3.4. Ciberdelito

El ciberdelito representa un nuevo reto, ya que tiene un perfil distinto al delito. Así entonces, el investigador también deberá tener un perfil distinto. Por ejemplo, si surge un secuestro y el actor criminal pide rescate a través de *bitcoins*, la forma de investigar el delito y el perfil del investigador cambian. Este investigador ya no solo se remitirá a hacer interrogatorios, sino también a usar la tecnología.

4. Conclusiones

En síntesis, estos cuatro elementos en conjunto muestran el cambio de la dinámica social a la par de la transformación de la dinámica criminógeno-delictiva, la que debe llevarnos como sociedad.

Así mismo, enfatiza a los diferentes actores vinculados al Estado, en este caso desde la academia, a una observación más aguda, con la finalidad de que permita promover mejores proyectos, programas y mejores ideas para el bienestar de la comunidad a partir de una premisa fundamental: El siglo XXI representa un cambio en la dinámica social; por tanto, significa una revolución en las dinámicas delictivas y, por ello, se necesita una transformación en las respuestas del abordaje que –desde nuestras trincheras– le otorgamos a los temas relacionados a la prevención.

DIRECTORES:
Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

AUTORES:

ARMAS CABRERA, Rafael Alexis	(Chiclayo)
ARMAS SÁNCHEZ, Roger	(Lima)
NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente	(Lima)
MANTILLA TORRES, Lee Allison	(Lima)
HUACHACA SÁNCHEZ, Dalmiro	(Lima)
FERRE NERIO, Rosmery Melissa	(Chiclayo)
CÁRDENAS LIZARBE, César	(Ayacucho)
ALCÁNTARA VILLANUEVA, Gian P.	(Chiclayo)
VÁSQUEZ SOTO, Milagros Medalit	(Chimbote)
LA MADRID HERMOZA, Katheryn C.	(Lima)
LIMAY CHÁVEZ, Raquel	(Lima)
MORALES LUCHO, Ninoschka	(Lima)
HERRERA CHÁVEZ, Juan Ranulfo	(Lima)
APOLINARIO URETA, Carlos Alberto	(Lima)
MORI RAMÍREZ, Brandon Santos	(Chiclayo)
PÉREZ LÓPEZ, Jorge A.	(Lima)
CORCUERA PORTUGAL, Julio	(Lima)

ISBN: 978-612-48692-6-6