

BOLETÍN N.º 11

El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal: Un acercamiento a la discusión contemporánea

Directores:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank J. Paucarchuco Gonzales

AÑO N.º 04 / FEBRERO 2024

Autores de esta edición:

Robinson Gonzales Campos

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Ronny Santillán Rodríguez

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Felix Inocente Chero Medina

Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Leyla Lais Almandós Vargas

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres

Henry Coronado Salazar

Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann

Jimmy Arbulú Martínez

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Leonardo Moreno Holman

Abogado por la Universidad Diego Portales

Mario Cesar Medrano Montoya

Abogada por la Universidad Alas Peruanas

Jacqueline Bizet Diaz Chávez

Abogado por la Universidad Señor de Sipán

Juan Antonio Seclen Flores

Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Directores

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

BOLETÍN N.º 11

El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal:
Un acercamiento a la discusión contemporánea

Autores en esta edición:

Robinson Gonzales Campos	Jimmy Arbulú Martínez
Ronny Santillán Rodríguez	Leonardo Moreno Holman
Henry Coronado Salazar	Mario Cesar Medrano Montoya
Félix Inocente Chero Medina	Jacqueline Bizet Diaz Chávez
Leyla Lais Almandós Vargas	Juan Antonio Seclen Flores

 **Amachaq**
Escuela Jurídica

2023

Lima – Perú

ISSN: 2788-6158

BOLETÍN N° 11

**EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL:
UN ACERCAMIENTO A LA DISCUSIÓN CONTEMPORÁNEA**

AÑO 04 – N.º 11 – FEBRERO 2024

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

Almandós Vargas, Leyla Lais

Arbulú Martínez, Jimmy

Chero Medina, Félix Inocente

Coronado Salazar, Henry

Díaz Chávez, Jacqueline Bizet

Gonzales Campos, Robinson

Medrano Montoya, Mario Cesar

Moreno Holman, Leonardo

Santillán Rodríguez, Ronny

Seclen Flores, Juan Antonio

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchuco Gonzales, Frank James

COLABORADORES PRINCIPALES:

Borja Torres, Fernando Eddy

Linares Rodríguez, Natalia Alejandra

Lopez Paucar, Jennyfer Scarleth

Maquera Anchaie, Carlos Daniel

Chaiña Mamani, Jhordan Jeriff

COLABORADORES:

León Huapalla, Miguel Angel

Lopez Paucar, Jennyfer Scarleth

Pacheco Valladares, José Manuel
Quispe Rafael, Massiel Alessandra
Reyes Mozo, Verónica Lucía
Romero Romero, Edin Omar
Toribio Chavez, Jean Franco

ISSN: 2788-6158

DISPONIBLE DIGITALMENTE EN:

<http://www.editorialamachaq.com/b11-penal>

BOLETÍN N.º 11

“EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL: UN ACERCAMIENTO A LA DISCUSIÓN CONTEMPORÁNEA”

I. DIRECTORES

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA

Máster en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES

Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COLABORADORES PRINCIPALES EN ESTA EDICIÓN:

FERNANDO EDDY BORJA TORRES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

NATALIA ALEJANDRA LINARES RODRIGUEZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JENNYFER SCARLETH LOPEZ PAUCAR

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

CARLOS DANIEL MAQUERA ANCHAISE

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JHORDAN JERIFF CHAIÑA MAMANI

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

MIGUEL ANGEL LEÓN HUAPALLA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JENNYFER SCARLETH LOPEZ PAUCAR

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JOSÉ MANUEL PACHECO VALLADARES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MASSIEL ALESSANDRA QUISPE RAFAEL

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

VERÓNICA LUCÍA REYES MOZO

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

EDIN OMAR ROMERO ROMERO

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Jean Franco Toribio Chavez
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

IV. AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

ROBINSON GONZALES CAMPOS
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

RONNY SANTILLÁN RODRÍGUEZ
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FELIX INOCENTE CHERO MEDINA
Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

LEYLA LAIS ALMANDÓS VARGAS
Abogada por la Universidad de San Martín de Porres

HENRRY CORONADO SALAZAR
Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann

JIMMY ARBULÚ MARTÍNEZ
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

LEONARDO MORENO HOLMAN
Abogado por la Universidad Diego Portales

MARIO CESAR MEDRANO MONTOYA
Abogada por la Universidad Alas Peruanas

JACQUELINE BIZET DIAZ CHÁVEZ
Abogado por la Universidad Señor de Sipán

JUAN ANTONIO SECLÉN FLORES
Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo



BOLETÍN N.º 11
Amachaq-Escuela Jurídica
Área de Ciencias Penales
Disponible en:

<http://www.editorialamachaq.com/b11-penal>

Año: 2023

Edita:

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

El Boletín N° 11 con eje temático “El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal: Un acercamiento a la discusión contemporánea” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://www.editorialamachaq.com/b11-penal>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	10
- Debates actuales sobre el sistema en la teoría del delito: ilícito y culpabilidad; tentativa y resultado; autoría y participación <i>Robinson Gonzales Campos.....</i>	13
- El delito de Fraude en la Administración de personas jurídicas <i>Ronny Santillán Rodríguez</i>	27
- La duda razonable: Manifestación de la presunción de inocencia como regla de juicio y parámetro de absolución en el proceso penal peruano <i>Felix Inocente Chero Medina</i>	43
- Derecho probatorio <i>Leyla Lais Almandós Vargas.....</i>	65
- Búsqueda, ofrecimiento y actuación de prueba documental <i>Henry Coronado Salazar</i>	73
- Teoría de la Impugnación: Recursos de apelación y casación <i>Jimmy Arbulú Martínez</i>	81
- Importancia de la teoría del caso <i>Leonardo Moreno Holman</i>	87

- **Fundamentos de la criminalística y su aporte en la investigación criminal**
Mario Cesar Medrano Montoya 101

- **Cámara Gesell: Importancia del reconocimiento médico legal e implicancias éticas**
Jacqueline Bizet Diaz Chávez y Juan Antonio Seclen Flores 123

PRÓLOGO

El Derecho Penal, al igual que otras ramas del derecho, cuenta con puntos y tópicos que no están del todo esclarecidos, por lo que ello se presta a los múltiples posturas y cuestionamientos que se hacen los estudiosos y especialistas de esta rama jurídica. Es así que, tanto el derecho penal sustantivo como adjetivo están en constante cambio en la realidad, pues se llegan a hacer modificaciones con el fin de adoptar un sistema penal mucho más moderno y que, sobre todo, garantice de mejor manera la protección de los derechos del ser humano.

En este sentido, esta edición tiene como uno de sus objetivos poner sobre la mesa algunas de esas discusiones y así analizar las posturas doctrinales, lo cual permitirá comprender cuáles son las mejoras que están pendientes en esta amplia y debatida rama jurídica.

Así entonces, el Área de Ciencias Penales de AMACHAQ Escuela Jurídica presenta el Boletín N°11 “El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal: Un acercamiento a la discusión contemporánea”, en la cual se busca la reflexión de temas sumamente relevantes y trascendentales.

Este boletín expone de forma sistematizada, las transcripciones y los artículos de los Cursos Especializados de Derecho Penal Parte General

y Parte Especial, Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, teorías de la prueba en el NCPP, Criminalística y Ciencias Forenses, Psicología Forense, Examen Médico Legal, y Cámara Gesell, los cuales fueron desarrollados durante los meses de enero, febrero, marzo, mayo y junio del 2023; todo ello organizado por la institución AMACHAQ Escuela Jurídica

Por consiguiente, la presente entrega contiene tópicos como los debates actuales sobre el sistema de la teoría del delito, el delito de fraude en la administración de personas jurídicas. Asimismo, en cuanto a la observancia procesal, se tiene en cuenta temáticas como la manifestación de la presunción de inocencia, el derecho probatorio, la prueba documental, la teoría de la impugnación, la importancia de la teoría del caso; y, por último, relacionado a las ciencias forenses aplicadas al derecho penal, los temas de fundamentos de la criminalística y la importancia del reconocimiento médico legal en la Cámara Gesell.

En esta misma línea, es imprescindible extender nuestra gratitud a los autores, especialistas y expertos de los escritos expuestos, pues la elaboración de esta no hubiese sido posible si no fuese por el compromiso y dedicación con el cual ellos compartieron sus conocimientos y reflexiones en este fructífero espacio académico. Los expertos académicos en cuestión son los profesores Robinson Gonzales Campos, Ronny Santillán Rodríguez, Felix Inocente Chero Medina, Leyla Lais Almandós Vargas, Henry Coronado Salazar, Jimmy Arbulú Martínez, Leonardo Moreno Holman, Mario Cesar Medrano Montoya, Jacqueline Bizet Diaz Chávez y Juan Antonio Seclen Flores, a quienes desde AMACHAQ Escuela Jurídica les extendemos los más cálidos agradecimientos.

Finalmente, desde el Área de Ciencias Penales de AMACHAQ Escuela Jurídica reafirmamos nuestro compromiso con la comunidad jurídica, compartiendo conocimientos tan relevantes, tratados de una manera rigurosa y minuciosa; y así esperamos haber alcanzado uno de nuestros principales propósitos, el cual es el hecho de que el auditorio vea enriquecida y ampliado sus conocimientos, ello con el objetivo de fortalecer el enfoque crítico y analítico que debe caracterizar a todo operador del derecho, para que en un futuro no muy lejano, se logre la contribución a la formación de interesantes posturas doctrinales que

Prólogo

coadyuven a la mejora de la aplicación de la rama penal en el país, la cual continua en constante perfeccionamiento y evolución.

Fernando Eddy Borja Torres

Debates actuales sobre el sistema en la teoría del delito: ilícito y culpabilidad; tentativa y resultado; autoría y participación*

Robinson Gonzales Campos**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Ilícitud o delito / 3. Antijuridicidad / 4. Culpabilidad / 5. Tentativa y resultado / 6. Autoría y participación / 7. El dolo, la culpa y la complicidad / 8. La teoría de la infracción del deber / 9. Conclusiones / 10. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Para dar inicio al tema en cuestión, se tiene que recordar lo dicho por maestros de este campo del derecho como lo son Luis Alberto Bramont Arias, José Hurtado Pozo, Eugenio Raúl Zaffaroni y también, del lado europeo, Francisco Muñoz Conde, que nos mencionan que el derecho penal objetivo es el que acota al derecho penal subjetivo. Ahora bien, si no se logra comprender esto, la tecnocracia del Derecho Penal dominaría gran parte de la doctrina penal. No se debe caer en el pseudo academicismo ni en los pensamientos de pseudo penalistas que intentan traer doctrinas que, supuestamente, son inofensivas, sin embargo, al momento de darle más vigor en la jurisprudencia penal, se evidencia su carácter inconstitucional, hiper punitivista y antidemocrático, reflejando, de esta manera, que las normas promulgadas no se ajustan a nuestro contexto, llegando a propiciar prisiones preventivas y condenas injustas y desproporcionadas.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso especializado en fundamentos del derecho penal parte general - Curso especializado en derecho penal parte especial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 13 al 16 de febrero del 2023.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magíster y Doctor en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido vocal supremo titular de la Corte Suprema de Justicia. Es profesor principal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El legislador peruano está acostumbrado a importar leyes que no se acoplan a nuestra realidad, a pesar de que tenemos una Constitución, convenciones y tratados sobre derechos humanos americanos que, para cualquier operador jurídico, incluso el legislador, debería de ser su base fundamental. Esto con el fin de cumplir su rol como fiscal, juez, legislador y abogado. No obstante, lamentablemente, hoy en día, está ganando terreno un derecho penal tecnócrata, idealista, hiper punitivista y, por ende, autoritario. Por ello, no debemos de olvidar que nosotros, desde el punto de vista convencional, constitucional y legal, apostamos por un derecho penal democrático y realista, como menciona el profesor Francisco Celis Mendoza Ayma.

En consecuencia, si no tuviéramos un viraje dramático hacia el hiper punitivismo populachero, en el actual Sistema Judicial Penal peruano, estaría de más tratar estos temas. Aunque, aun así, es menester de parte nuestra el tratar de abarcar los conceptos evolucionados del Derecho Penal y poder aportar nuevas ideas que logren surgir sobre la base de esta recapitulación.

2. Ilícitud o delito

De acuerdo con Luis Jiménez de Asúa, el único ilícito -entendiendo que hay diferentes tipos de ilícitos como el civil y el laboral, etc.- que tiene como consecuencia a la pena, es el ilícito penal. Es por esta razón que se trata de establecer con exactitud temas como la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en los casos que se presentan.

Ahora bien, haciendo énfasis en la tipicidad, en esta oportunidad, podemos comentar que la tipicidad tiene dos aristas: la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva. Sin embargo, es en esta última en donde se genera una problemática de nuestro interés. Por ejemplo, en Colombia, la Corte Suprema Colombiana, en una casación, aplicó una teoría groseramente ilegal, puesto que, esta teoría adjudica al dolo la teoría de la representación, lo cual no significa otra cosa que el dolo, según esta casación, es sólo conocimiento y no voluntad. Cabe precisar que, los hechos del caso se refieren a un accidente en donde un sujeto en estado de ebriedad atropelló a dos personas y, por la presión mediática que generó este acto, se le condena por delito de homicidio culposo en primera instancia, y, en una segunda instancia, lo condenan, incluso ilegalmente, por homicidio doloso, mediante la modalidad de dolo eventual, sobre la base del mencionado principio de representación, el cual considera que una conducta es dolosa por el simple hecho de que el sujeto tenga conocimiento que el hecho sea ilícito, ignorando la voluntad de éste.

Al final le aplicaron al acusado 37 años de pena privativa de libertad por homicidio doloso, cuando lo máximo que le tendrían que aplicar era 18

años, de acuerdo con el Código Penal Colombiano. Esto se refleja en la casación N.º 32964 del 25 de agosto de 2010, en donde se ratifica este principio de representación, desapareciendo la diferencia entre el dolo eventual y culpa consciente, en otras palabras, desapareció la culpa consciente, aunque un magistrado dio un voto singular; lo cual en Colombia se le conoce como el salvamento del voto.

Bien se sabe que la conducta dolosa es la regla de la persecución penal en el Perú, siendo más específicos, esto se encuentra en el artículo 12 del Código Penal. Asimismo, se sabe que el delito doloso merece mayor pena, no obstante, hace poco, en la apelación N.º 66-2021, de la Corte Suprema, se aplicó este principio de representación, obviando que el dolo se refiere al conocimiento y voluntad del delito. Felizmente, estas acciones son minoría en los juzgados penales, ya que, en la doctrina mayoritaria, se evidencia el verdadero valor del dolo. Un ejemplo de ello sería la casación N.º 367 del 2011 de la Sala Penal Permanente, en donde se aplicó el dolo como conocimiento y voluntad, a su vez, el Tribunal Constitucional (TC), en el expediente N.º 1805 del 2005, también evidencia que el dolo es conocimiento y voluntad. Asimismo, en el recurso de nulidad N.º 1273 del 2015 en Cajamarca, en la Segunda Sala Penal, también establece que el dolo es conocimiento y voluntad.

Entonces, volviendo a la crítica inicial, ¿por qué esta teoría de la representación no debe ser aceptada? Bueno, sencillamente, porque va en contra del bien jurídico protegido, de un derecho penal de acto y está incentivando un retorno al peligrosismo. Además, cómo se podría explicar que una conducta dolosa -sea dolosa o culposa no deja de ser conducta- se pueda concretar o realizar sin voluntad, en otras palabras, ¿cómo podría existir una conducta sin voluntad? Es por eso que hay que tener bastante cuidado con esta teoría de la representación.

Ahora bien, regresando al caso colombiano, es interesante cómo se abordó la no diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente, lamentablemente, se ratifica en una segunda instancia, pero, de igual manera, es sorprendente ver los límites hasta donde se podría llegar con respecto a la pena de algún acusado, si es que no se es consciente de este tema de la exclusión de la voluntad del dolo.

El meollo del problema para el derecho penal democrático ocurre cuando tratamos de aplicar esta doctrina al Sistema Judicial peruano, puesto que, en el artículo primero de nuestra Constitución, la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, teniendo como uno de sus principales derechos a la dignidad humana, sin importar su etnia, clase socioeconómi-

ca, vida delictiva, etc., no deja de ser una persona humana, lo cual resulta por lo menos, formalmente, a la luz de nuestra constitución, casi imposible aplicar algo similar al caso colombiano -el cual fue mencionado líneas arriba- en la jurisprudencia peruana; empero, lamentablemente, si se está aplicando, aunque sea minoritariamente.

3. Precursores de la defensa legal de los derechos humanos de los pueblos indígenas u originarios y su búsqueda de la autodeterminación

La antijuridicidad tiene dos aristas complementarias, la primera de ellas es la antijuridicidad formal, siendo la conducta típica que infringe el ordenamiento jurídico en general, la cual se da cuando no hay una justificación o cuando no existe una norma permisiva o autorizativa de la conducta en cuestión. Por otro lado, si no consideramos a la segunda arista, se obviarían algunos principios del derecho penal democrático. Aclarado ello, la segunda arista complementaria es la antijuridicidad material, donde la conducta para ser delito debe poner en peligro o lesionar al bien jurídico protegido.

La antijuridicidad material es muy importante para los fines de la dosimetría penal, pues sirve para determinar el quantum de la pena, debido a que verificará la entidad del bien jurídico, su importancia y su prelación, solo si se ha puesto en peligro o si ha sido dañado. Esto podría conllevar a consecuencias que se verán en el futuro del caso. Un ejemplo de ello sería la determinación que recibe la pena de un delito, dependiendo de la gravedad y el alcance del delito, pues no es lo mismo cuando se atenta contra la vida, en contraposición del delito que atenta contra la libertad sexual. Si bien ambos delitos son graves, el delito contra la vida merece más pena que el delito contra la libertad sexual. Asimismo, no es lo mismo cuando el delito se ha consumado o cuando el delito se ha quedado en el grado de tentativa. Es por eso que no se debe quedar con la simple idea de que el acusado termine siendo privado de libertad, sin importar por cuánto tiempo.

La pena concreta y aplicada, difundida en el ámbito social, tiene resultados en la política criminal. Entendiendo que cualquier persona puede llegar a ser un potencial delincuente, sea por delito doloso o culposo. En ese contexto, si yo cometo tentativa de homicidio y se me asigna la misma pena de un homicidio consumado, la próxima vez ya no dudaría en consumar el homicidio. Es sobre la base de esta antijuridicidad material, que se tiene como fundamento un principio del Derecho Penal, específicamente, el artículo cuarto del Título Preliminar, el principio de lesividad, que señala que, si por lo menos el bien jurídico no ha sido puesto en peligro, no habrá delito.

Por otro lado, surge la interrogante de si es que, ¿el Derecho Penal protege bienes jurídicos fundamentales o no los protege? En primera instancia, los penalistas inconstitucionales, responden que no protege los bienes jurídicos, sino que protege la lealtad a la norma, ante lo cual se evidencian dos cuestiones transgredidas con tal premisa: el principio de lesividad y el principio de culpabilidad de acto, con lo cual se dejaría de lado la antijuricidad material. En cambio, otros ius penalistas opinan que el Derecho Penal si protege los bienes jurídicos fundamentales, sirviendo esto para que el derecho penal objetivo sea el límite al derecho penal subjetivo.

Cabe mencionar que, el tema del bien jurídico en el Derecho Penal es controvertido, debido a las variadas posturas sostenidas al respecto. Dicho tema resulta fundamental, puesto que el abordarlo implica reflexionar sobre la legitimación misma del Derecho Penal, es decir, responder a la interrogante sobre la necesidad de su existencia y su función en la sociedad. Dada la influencia que tienen las posturas descritas en la labor de administrar justicia, en nuestro país, resulta fundamental examinar la jurisprudencia nacional, a fin de identificar qué posición se ha adoptado, qué posición predomina o qué inclinaciones sobre una u otra posición se logra advertir.

En otras palabras, si no ponemos coto al avance de la posición doctrinaria autoritaria que desconoce que el Derecho Penal protege bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, dejaríamos que avance un derecho penal autoritario y, por ende, las garantías fundamentales, para evitar el abuso del poder punitivo del Estado, Ius Puniendi, prácticamente desaparecerían. Todo ello en perjuicio de nuestra democracia endeble que hoy en día existe en nuestro país.

4. Culpabilidad

En el Perú, específicamente, en nuestra Constitución y en el Título Preliminar del Código Penal se menciona a la culpabilidad. La teoría del delito nos señala que el injusto es culpable, punible y que no puede haber delito sin culpabilidad.

En el pasado hubo una discusión sobre este tema, siendo los alemanes, entre ellos Claus Roxin, que llegaron a la conclusión que una de las garantías que tiene el Derecho Penal para hacer contención del abuso del ius puniendi sería, también, el principio de culpabilidad y la culpabilidad como elemento del delito.

Ahora bien, volviendo con los penalistas del derecho penal antidemocrático o autoritario, estos postulan con Jakobs "el principio de culpabilidad", el

cual significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal, es el resultado de una imputación reprobatoria y es motivada por la voluntad defectuosa de una persona.

Günther Jakobs centra la culpabilidad en la imputación reprobatoria que tiene la finalidad de encontrar ¿quién fue infiel a la norma? El autor seguidamente se pregunta ¿para qué clase de organización social el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia? Para ellos, los normativistas, la lealtad a la norma y la prevención general positiva son el fin del Derecho Penal y que, de manera indirecta, desaparecería la culpabilidad o en todo caso esta no sería tan importante y menos una garantía para ponerle coto al abuso del Ius Puniendi. Para ellos lo relevante sería convertirnos en un instrumento de convalidación de una sociedad, cuyo estado de las cosas puede ser el peor, pero, a pesar de ello, no se debe de ignorar la "lealtad a las normas".

La culpabilidad se ha desarrollado, llegando a una culpabilidad normativa y una culpabilidad material, justamente esta última, junto a la de política criminal, es la que mejor se aplica a la realidad Constitucional y jurídica peruana, ya que la culpabilidad implica la capacidad de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, llamada imputabilidad. Por lo tanto, la culpabilidad sería el conocimiento de la antijuricidad y la no exigibilidad de otra conducta.

Esta valoración que se da a la culpabilidad pasará a ser conocida como la valoración de la impronta de una persona que comete un hecho considerado típico y antijurídico. Esa persona deja su impronta, es decir, su sello subjetivo y personal, en ese hecho, y esa impronta debe de ser valorada, lo cual, lastimosamente, no se hace en la realidad peruana. Si en la valoración que realicemos, verificamos que la persona sí tenía la capacidad del conocimiento de la antijuricidad y sí se le podía o no exigir una conducta diferente a la que realizó, nos daremos cuenta de que tenemos que conocer más profundamente a esa persona.

Uno de los errores de la teoría de la culpabilidad material, que proviene de países desarrollados, es la supuesta existencia de un hombre o mujer promedio. Si tomamos como base a este modelo y lo pretendemos aplicar a nuestra realidad, tan disímil, dónde no existe realmente un hombre o una mujer promedio, dada la variedad de etnias, nacionalidades y culturas, que existen en nuestra sociedad, sería imposible hacer un juicio de culpabilidad realmente justo. Dicho de otro modo, con esta teoría no podríamos establecer científicamente, a quien o a quienes estamos realmente juzgando. Necesitaríamos determinar un perfil social, antropológico, inclusive psi-

cológico del acusado, para establecer su real impronta o su sello personal, dejado en su conducta típica y antijurídica. En todo caso, debería darse la verificación, de manera científica, del perfil correcto de la persona a la que deseamos juzgar, desde un aspecto social, psicológico y antropológico. El día de hoy, cabe la siguiente pregunta: ¿se puede establecer un perfil antropológico, psicológico y social de la persona a la que juzgaremos, sin abstracción alguna y poder aplicar en forma justa los delitos y las penas del Código Penal? Si la respuesta es positiva, estoy seguro de que el juicio de culpabilidad sería más justo. Se tendrá más precisión al momento de dictar sentencia, y dejaría de lado subjetividades que hacen nublar nuestro buen juicio.

Se podrá determinar si se puede aplicar a su favor o en su contra determinadas eximentes o atenuantes referidas a la culpabilidad, como por ejemplo la aplicación del artículo 15 del Código Penal, el error de comprensión culturalmente condicionado y analizar si se podía exigir actuar de una manera diferente. Aunque, en sede de la justicia penal, en sede de los procesos penales que se están dando en la actualidad, son casi nulas las veces que se pueden dar un verdadero y justo juicio de culpabilidad.

5. Tentativa y resultado

En este tema encontramos también una teoría subjetivista, es menester preguntarnos ¿qué buscan estas teorías? En un recorrido de 15 años, se podría concluir que busca reeditar lo que se criticaba en los años 70 y 80, donde el Derecho Penal abusaba de chivos expiatorios y pretendía demagógicamente hacer creer a la sociedad, que por sí solo el Derecho Penal lo puede hacer todo, que el Derecho Penal, puede sustituir a las políticas públicas nefastas, negativas, deficientes del Estado, con respecto a sus políticas económicas, laborales, de salud y educacionales. Ello se refleja en la cantidad de procesados, penados o encarcelados y que cuanto más graves sean las penas es, paradójicamente, mayor la cantidad de delitos que suceden en el país. Así también, hay quienes pretenden ocultarlo, es decir, pretenden hacer creer que el Derecho Penal puede cambiar la realidad.

Para ello, esta teoría subjetiva tratará de definir a la tentativa como aquella intención o fin de cometer algún delito y que esto sería suficiente para imponer una pena igual a la del delito consumado. Con lo que violaría, burdamente, el principio de lesividad y, por ende, el de proporcionalidad de las penas -establecidos en el artículo IV Y VIII del Título Preliminar del Código Penal-. Cuando en puridad, la tentativa no es otra cosa que realizar actos tendientes a la consumación de un delito y que por razones ajenas a su voluntad no pueda concretar dicha consumación. Por lo tanto,

de acuerdo con un derecho penal de acto, no será lo mismo que el delito quede en el grado de tentativa a que este se consuma, en donde se dañe a un bien jurídico de forma irreversible. Por lo que, en este último caso, de acuerdo con los artículos IV, VIII, 16 y siguientes del Código Penal, la pena será mayor para la consumación y menor para la tentativa.

Es por eso que no se debe de ignorar el principio de lesividad y la antijuridicidad material. Sin embargo, la teoría subjetivista trataría de minimizar dichos principios porque desean condenar de manera igual a la tentativa y a la consumación del delito. Es aquí donde se evidencia su posición fuera de la constitución, ya que transgrede la misma y otros principios ya mencionados líneas arriba u otros como el principio de culpabilidad de acto.

Algo igualmente relevante sería la tentativa no punible, que es el desistimiento, el cual se puede dar de dos formas: el de tentativa inacabada y el de tentativa acabada, las cuales se encuentran definidas en el artículo 18 del Código Penal. Se define al primero entonces como la ocasión en donde el sujeto, habiendo cometido acciones tendentes a la consumación del hecho delictivo, sin completarlas y solo realizando algunas, por propia voluntad, deja de realizar estas acciones, señala el Código Penal, no será punible.

Por otro lado, el arrepentimiento activo o también conocido como el desistimiento de la tentativa acabada, se da cuando el sujeto realiza todas las acciones para que se logre dar el hecho delictivo y estando desencadenado el resultado, el sujeto realiza otras acciones que eviten la consumación delictiva. Un ejemplo sería cuando una persona con un arma de fuego le disparó a otra, pero luego realiza todas las acciones posibles para salvar su vida y lo logra, en ese caso, señala también el Código Penal -art.18-, que mi persona no sería punible.

En la actualidad, gracias a la posición hiper punitivista, existe otra sanción de conductas que no se relacionan con la tentativa en sí misma, ni con la fase externa del delito, ni con la fase preparatoria, quedando en una fase intermedia al acto planificado, llamada la resolución manifestada, en donde se le comunica a otra persona que se desea cometer un delito, con lo cual sería ya suficiente para imputar delitos, hoy en día, como los delitos de conspiración, que aparte del artículo 349 de nuestro Código Penal, hoy también se da la llamada conspiración para el tráfico ilícito de drogas y para el sicariato. Resultando ello, un adelantamiento de la punición, incompatible con la institución del desistimiento, al que nos hemos referido líneas arriba, que se encuentra prescrito por el artículo 18 de nuestro Código Penal. Este adelantamiento de la punición se debe a la importación de ideas externas de países, en donde ni siquiera es una doctrina mayoritaria y son, más bien, una doctrina hiper punitivista que solo buscan traer un

derecho penal trasgresor de nuestra Constitución y nuestros principios, vale decir, exportar un derecho penal autoritario.

6. Autoría y participación

Los penalistas, adláteres del normativismo, consideran que la diferencia entre la autoría y la participación no deberían existir. A su vez, temas relacionados con la complicidad primaria o secundaria están de más, según ellos. Al final, para esta posición, eso evitaría que los delincuentes queden impunes. Es por esta razón que ahora se busca una teoría unitaria de autor, que afirma que se ha dado una evolución con respecto a la subjetividad y la objetividad en el tema de la autoría y participación, direccionado toda la responsabilidad a título de autor a todos los partícipes, obviando la participación de terceros a título de cómplices primarios o secundarios, en la perpetración del delito. Ya que todos ellos tendrían la calidad de autores o coautores. Es claro que esta teoría vulnera el principio de lesividad y proporcionalidad de las penas, la dosimetría penal, entre otros conceptos ya tratados.

7. El dolo, la culpa y la complicidad

Bien se sabe que el dolo es el elemento subjetivo más gravoso, que permite aplicar penas más severas, por ello, en un Derecho Penal de última ratio y, por ende, fragmentario, es regla en el Código y la legislación penal especial. En el caso en que se quiera reprimir la conducta culposa, dice el código que expresamente se señalará ello. Así tenemos que el artículo 12 del CP menciona que la regla es que los delitos son dolosos y excepcionalmente culposos. Es por ello que, si leemos el artículo 111 o 124 del Código Penal, veremos que ahí se expresa que "al que por culpa", lo que quiere decir que excepcionalmente es reprimido el delito culposo. Por otro lado, el Código Penal señala que el cómplice, siempre actúa dolosamente, y si ese es el caso, debe de ser reprimido y se le sancionará, dependiendo si es primario o necesario, o secundario o no necesario. En el primer caso, el cómplice recibirá un castigo igual al del autor, pero en el segundo caso, el cómplice recibirá un castigo menor al del autor.

En el Código Penal, según el artículo 25, se menciona que, tanto en la complicidad primaria como en la complicidad secundaria, el cómplice tiene que actuar dolosamente. Un ejemplo sería cuando un médico que desea causarle la muerte a su paciente, le indica a una enfermera que le dé una cierta dosis de un fármaco mortal para él y ella al no dudar de la orden del médico, sin intención de matar, aplica la dosis, sin embargo, minutos después el paciente sufre un paro cardíaco y muere. En este caso, estaríamos ante una autoría mediata, la del médico y un homicidio culposo por parte

de la enfermera, ya que, como lo hemos referido líneas arriba, no existe la complicidad culposa. Por lo tanto, resulta muy importante parar mientes en esta regla, donde la excepción es la persecución culposa del delito.

8. La teoría de la infracción del deber

El Código Penal peruano debe ser analizado, para que después se pueda responder a la siguiente cuestión: En los delitos especiales, en los delitos de infracción del deber, en los delitos en donde los funcionarios o servidores públicos son los protagonistas de estos tipos penales, ¿debemos de aplicar esa teoría traída por Jakobs y por Roxin del normativismo radical o no radical a la realidad peruana?

Incluso hay magistrados de la materia que ya aplican estas ideas en sus resoluciones en el Perú, eso es lo peligroso de esta teoría, ya que, en ella, en los delitos especiales de infracción del deber, desaparece la complicidad y sostiene que el funcionario y servidor público han nacido para ser autores y que en el caso de que se vean envueltos en esta clase de delitos, no habrá complicidad, todos serán autores.

Un ejemplo de eso sería que un funcionario público, le indique a un servidor público que realice la entrega de un maletín a otra persona, en un momento y hora señalada, y que después le recompensaría económicamente si logra realizar dicha entrega de manera correcta. Si bien ambos trabajan para el Estado, el primero sería el del poder sobre el dinero del Estado y tiene autoridad, mientras que el segundo trabaja como conserje y no tiene autoridad alguna, aplicándose la teoría de la infracción del deber, ambos serían autores y recibirían la misma pena. Transgrediendo así el principio de proporcionalidad de las penas y el artículo 25 del Código Penal. Si dejamos de importar y aplicar las teorías normativistas, podemos asumir, según nuestro propio Código Penal, lo siguiente: El funcionario público sería autor, el conserje sería cómplice secundario, conforme al principio de lesividad y de proporcionalidad de las penas (artículos IV, VIII del T.P. y 25 del C.P.).

Por ejemplo, si la esposa de un alcalde, digamos, persuade u hostiga a su cónyuge para que se apropie de dinero desde su posición ejecutiva, entonces, el esposo comete peculado y su esposa se enriquece con este hecho. Para poder sancionar a la cónyuge una lágrima, sin necesidad de aplicar la teoría de infracción al deber, cuando se descubra el hecho delictivo, se aplicará el artículo 24 del Código Penal, para determinar que la esposa es una instigadora, a pesar de que esta no tiene la calidad de servidora o funcionaria pública y al alcalde como instigado.

De esta manera se sancionará a ambos, en forma proporcional y justa. Sin necesidad de utilizar la teoría importada de la infracción del deber.

9. Conclusiones

1.- ¿Qué se está haciendo con la Constitución, con la doctrina mayoritaria, con las convenciones, con los tratados, con el Código Penal, Código Procesal Penal y Código de Ejecución Penal en nuestro Sistema Judicial Penal? Los están transgrediendo, con consecuencias funestas para la justicia penal en el Perú. El hiper punitivismo, los operadores jurídicos inconstitucionales y demás grupos antidemocráticos de este Sistema Judicial Penal, han propiciado que hoy en día este resulte deslegitimado, ineficaz e injusto. Lo que se está viendo es que, a pesar de que ellos postulan una política criminal del golpe por golpe, a más delito más pena. Sin embargo, la delincuencia no disminuye; por el contrario, se acrecienta día a día.

2.- Hay gente inocente en los penales, por los muchos errores judiciales que se cometen, incluso los derechos humanos son vulnerados, también, dentro de los establecimientos penitenciarios, es por eso que la labor del abogado, la cual se reconoce, como aquella que defiende las causas justas, que no significa otra cosa que la absolución para el inocente y la pena justa o proporcional para el culpable resulte un reto, para morigerar este estado de cosas. Para ello, contamos con la ley, la Constitución, los tratados y convenciones sobre derechos humanos y los principios fundamentales tanto del Derecho Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal.

3.- Lamentablemente la academia, ante la arremetida del hiper punitivismo o derecho penal populachero, no ha reaccionado a la altura de la situación. En algunos casos ha apoyado a este derecho penal autoritario. Por lo tanto, también tiene un reto para contribuir a que se recupere un Sistema Judicial Penal justo.

10. Respuestas a las preguntas del público

10.1. ¿Qué circunstancias excluyen la responsabilidad penal de los autores y/o participantes de un delito?

De acuerdo con nuestra teoría del delito, la conducta es un accionar o es un omitir que viola una norma permisiva o una norma prohibitiva, pero para que se dé el delito tiene que haber una conducta. En el caso de que se dé un hecho en donde la persona carece de conducta, se considera que esa persona no ha actuado. El artículo 20 del Código Penal, justamente, menciona acerca de la fuerza física irresistible, la cual establece que, al no haber conducta, no hay delito.

Otra característica para considerar el hecho como delito, es la tipicidad, que consiste en que el accionar o conducta de la persona tiene que adecuarse a un tipo penal. Por ejemplo, un caso en donde se haya cometido un homicidio, pero al haberse esclarecido que no ha sido doloso y tampoco culposo, demostrando así que fue un resultado fortuito, el Código Penal indica que no habrá tipicidad subjetiva, por ende, no habrá delito.

También se encuentra la antijuricidad, en un caso donde se evidencia la conducta típica y se dé una causa de justificación, no habrá antijuricidad y, por ende, dicha conducta no será delictuosa.

En el caso de la culpabilidad, si se logra demostrar que el procesado es un sujeto inimputable o no se le podía exigir otra conducta o actuó con error de prohibición invencible, no será sancionado por ser inculpable.

10.2. ¿Cuáles son los factores para determinar si el comportamiento de un sujeto ofrece mayor peligrosidad o no?

Más que usar la palabra peligrosidad, debemos referirnos a la palabra gravedad. La palabra peligrosidad nos puede llevar a confundirla con el peligrismo de la década de los 60 y de los 70, en donde se reprimía a quienes no habían cometido delito alguno, mediante la ley de vagos y maleantes, en la cual a quienes no tenían trabajo y deambulaban por las calles los cogían y los metían a la cárcel, poniéndoles el San Benito de vagos. Ahora, eso desapareció, entendiéndose que estamos regidos por un derecho penal de acto, aunque hay un grupo inconstitucional, que reeditaron la reincidencia y la habitualidad en nuestra legislación penal.

Respondiendo concretamente a la pregunta, diremos que son las circunstancias agravantes genéricas que están a partir del artículo 45 y siguientes del Código Penal, así como, las agravantes específicas que se encuentran como parte constitutiva de algunos delitos en la parte especial del código, verbigracia, el caso de alevosía, en donde se da, por poner un ejemplo, el homicidio por la espalda, sin darle a la víctima la oportunidad de defenderse, hablando objetivamente. Estas circunstancias genéricas o específicas hacen que la pena sea más grave.

10.3. ¿Cuál de los siguientes elementos tienen la mayor influencia en la opinión pública: el populismo, el factor político o la prensa? ¿Cree que alguna de ellas llegue a influenciar en una decisión judicial?

Lawfare, es la utilización del sistema judicial, tanto fiscal o el mismo Poder Judicial, para sacar de circulación al enemigo político. Es una práctica que

se ha aplicado en varios países como Argentina, Ecuador y Bolivia, incluso en países europeos, siendo un problema internacional. A esto se le llama la guerra judicial, la politización del sistema judicial o la judicialización del sistema político. Entonces, es afirmativo que, si se da la presión política, mediática y en varios casos económica, esto, lamentablemente, tiene influencia en las decisiones judiciales.

Si no hubiera jueces y fiscales, que son la minoría, que no cedieran a la presión política, mediática y económica, no tendríamos problemas y estaríamos en un Sistema Judicial Penal que podría considerarse normal. No tendríamos ese problema de hacinamiento y Lawfare en América latina. Lamentablemente, hay todavía fiscales y jueces que han caído en la presión ya comentada. No obstante, eso no debe desanimarnos, puesto que también hay jueces y fiscales que están exentos de toda duda o sospecha con respecto a su idoneidad técnica, científica y moral, uno de ellos es el profesor Francisco Celis Mendoza Ayma, quien es un juez de perfil bajo y totalmente correcto y gran conocedor de las ciencias

El delito de Fraude en la Administración de personas jurídicas*

Ronny Santillán Rodríguez**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Aspectos políticos criminales / 2.1 El Street Crime/ 2.2. El Government Crime / 2.3. Corporate Crime / 3. Aspectos dogmáticos / 4. Modalidades delictivas de fraude / 4.1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados auditor interno auditor externo según sea el caso o terceros interesados la verdadera situación de la persona jurídica falseando los balances o reflejando u omitiendo los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables / 4.2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica / 4.3. Promover por cualquier medio fraudulento altas cotizaciones y acciones títulos o participaciones / 4.4. Aceptar estando prohibido hacerlo acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito / 4.5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes / 4.6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con la persona jurídica / 4.7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica / 4.8. Usar en provecho propio. O de otro, el patrimonio de la persona jurídica / 4.9. Utilizar cualquier documento contable que sustente operaciones inexistentes o simuladas para encubrir pagos a favor de terceras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras / 5. Respuestas a las preguntas del público.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso especializado en Derecho Penal Parte General y Teoría Jurídica del Delito - Curso Especializado en Derecho Penal Parte Especial organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 13 al 16 de marzo del 2023.

**Abogado especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. (LL.M.) Master of Laws en Litigación Oral por California Western School of Law (San Diego, EE.UU.). Cursando el Máster Oficial en Criminología, Delincuencia y Victimología en la Universidad Internacional de Valencia (España). Abogado referido en el prestigioso ranking francés Leaders League en las categorías de White Collar Crime y Compliance. Actualmente, se desempeña como abogado asociado del área de Derecho Penal y Compliance del estudio jurídico Santivañez Antunez Abogados.

1. Introducción

En esta exposición se analizarán las distintas perspectivas del delito de fraude en la administración de personas jurídicas. Ahora bien, debemos de precisar que, no es muy común examinar este tipo de delitos porque precisamente se entiende que no está vinculado a los delitos comunes. En un primer instante, analizaremos el aspecto político criminal que es fundamental al momento de estudiar cualquier delito o situación jurídica, tan es así que, si no se llegasen a presentar los aspectos políticos criminales- salvo aquellos en donde hay un consenso- difícilmente se va a poder entender a cabalidad cuál es la razón de tipificación del delito en nuestro Código Penal.

En segundo lugar, desarrollaremos los aspectos dogmáticos, principalmente, los aspectos de la parte general del delito, entendiéndose la naturaleza del delito, así como quiénes serían los autores de este, etc.

Es importante señalar que, no se puede desarrollar la parte especial si no se entiende la parte general. Es por lo que, en la parte final de esta conferencia, desarrollaremos los aspectos particulares del delito que es propiamente el análisis del tipo penal en sus nueve modalidades. Hay que recordar que eran ocho modalidades; sin embargo, el año 2023 se realizó una modificatoria a este delito y se añadió una novena modalidad.

2. Aspectos políticos criminales

El delito en cuestión se encuentra regulado en la parte de Delitos Contra el Patrimonio de nuestro Código Penal y no propiamente en la parte de Delitos Societarios o Económicos. Aquí, es necesario enfatizar que, claramente la construcción típica del delito de administración fraudulenta denota una situación distinta a la naturaleza propia de los delitos contra el patrimonio. Así pues, este delito admite conductas omisivas, sujetos activos con características particulares y por lo general, su tipificación se encuentra más vinculada a temas societarios.

Esta naturaleza cohesiva va a ser poco posible si no se tiene un conocimiento al menos básico de derecho societario o al menos la distinción de cuándo estaríamos ante una irregularidad societaria y cuándo ante la comisión de este tipo de delitos, esta situación claramente debe ser bien definida. Para ello, se van a desarrollar tres aspectos desde el punto de vista político criminal y criminológico que van a determinar dónde se encuentra este delito como objeto de estudio, estos tres niveles son: Street crime, government crime y corporate crimes.

2.1. Street Crime

Consiste en los delitos de calle, por ejemplo: delitos contra el patrimonio, robo, hurto, usurpación etc.; son delitos comunes en su marco consumativo pues principalmente se da en lugares públicos y cualquier persona puede cometerlos, es importante señalar ello para hacer una distinción desde el punto de vista político criminal y preventivo que se le pueda dar a un delito común, como por ejemplo un hurto o robo dentro de su marco comisivo; este último delito, dista mucho del tratamiento preventivo que se le puede dar a un delito económico que se va a cometer dentro de la empresa. A modo de ejemplificación, una persona jurídica debería implementar un programa de cumplimiento de prevención dentro de su estructura para así evitar la comisión de estos delitos, mientras que, por ejemplo, en un delito común, de la calle se deberá emplear otras medidas. En un delito económico que se da dentro de una persona jurídica, como es precisamente el delito de fraude en la administración de la persona jurídicas, sí se deberá emplear medidas preventivas propias de cada empresa.

2.2. Government Crime

En el government crime (delitos contra el gobierno) o crímenes contra el gobierno, algo que aquí conocemos como los delitos contra la Administración Pública, cuyos delitos que tienen cierto grado de relación con los delitos que se están tratando el día de hoy.

Comparando la naturaleza del delito de administración fraudulenta con algunos delitos contra la Administración Pública, surgirán algunas similitudes, por ejemplo, en la estructura propia de punibilidad, relucirán algunos supuestos del Artículo 198 del Código Penal que pueden calzar con algunos supuestos típicos de algunos delitos contra la Administración Pública.

Aquí, la prevención básicamente radica en lo siguiente; así como los delitos contra la Administración Pública suelen tener principalmente una institución específica, como una persona jurídica de derecho público donde se cometerán los delitos, los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas encuentran su marco comisivo dentro de una empresa o de una entidad económica; la diferencia medular radica en la naturaleza jurídica de ambas instituciones, ya que estos delitos de fraude en administración de personas jurídicas no sancionan a personas jurídicas con carácter público vinculados a la Administración Pública, sino, únicamente a personas jurídicas de derecho privado.

2.3. Corporate Crime

En el corporate crime se encuentran aquellos delitos corporativos, o en términos formales, de crímenes contra el orden económico o delitos económicos que puedan influir en el orden socioeconómico como lo son, por ejemplo, los delitos cometidos al interior de una persona jurídica. Sin embargo, aquí corresponde enfatizar que, en la empresa no se perturba el orden socioeconómico de manera general, sino principalmente, al patrimonio de la persona jurídica, esta fue la razón principal para ubicar este delito donde ya se señaló.

Más allá del tema de adecuación esto se reduciría a la pregunta: ¿cuáles son los fines preventivos de estas personas jurídicas para neutralizar la comisión de estos delitos? Se entiende que una persona jurídica de derecho privado tiene que protegerse penalmente a través de actos que posiblemente puedan ser el de ocultar, defraudar, forzar, aprovechar etc. y sobre todo que vayan a perjudicar propiamente sus funciones y patrimonio; sin embargo, tampoco se trata de cualquier tipo de funciones, sino de las que están vinculadas a temas netamente económicos y por eso vamos a abordar un punto muy importante el cual trata de incentivos y desincentivos en cuanto a si se va a sancionar o si se no se va a denunciar este tipo de delito.

Estamos ante un delito que tiene relativa concurrencia a nivel jurisprudencial, no obstante, existen factores que hacen que no siempre se denuncien este tipo de ilícitos por temas de reputación empresarial principalmente, — para ello hago la siguiente pregunta—Se inicia una investigación, donde la empresa esta como agraviada conjuntamente con los otros socios, debido a un mal manejo dentro del interior de la empresa, esta situación ¿Genera una buena percepción externa o, por el contrario, podría debilitar la reputación de la empresa? Por ejemplo, una persona X tiene una empresa y detecta de repente que ha habido malos manejos de su administración por ello ¿va y lo denuncia directamente? o más bien ¿evalúa el costo-beneficio de denunciar dichos actos? Es una posibilidad el intentar solucionar internamente estos problemas, tal vez con normas que se hayan regulado correctamente, etc.

La comisión de delitos no denunciados en el aspecto criminológico se denomina “la cifra negra”; aquí, no estoy seguro de si es que habrá un estudio o no sobre este tema, pero sí sería interesante analizar qué tan grande es la cifra negra respecto a la presentación de denuncias sobre este tipo de delitos, principalmente por el tema reputacional en donde se da la denuncia, siempre y cuando, o al menos la gran comisión de estos delitos, se haya dado en un cambio de dirección de la empresa y es una suerte de auditoría a los administradores anteriores.

Si se llega a encontrar alguna irregularidad, se procederá conforme las acciones penales lo indican y es plenamente válido; pero independientemente del tema penal, hablando ya más en un tema netamente económico empresarial, si existe una buena prognosis, por ejemplo, de que una empresa va a ser sancionada o se va a ver involucrada en un proceso en donde ha habido malos manejos de fondos en donde repente se ha sacado un préstamo indebido como es una de las modalidades este delito, entonces es probable que se considere si se va a denunciar o no los hechos.

Esto último es un factor muy importante que sin duda hay que tener en cuenta, finalmente, quién es perjudicado es la empresa y sabrán cómo manejar sus asuntos legales, dicho ello, ya se ubicó cuál sería la razón del porqué estamos sancionando el delito, no es un simple hurto, no es una simple falsificación, no es un delito de calle, es un delito cometido al interior de una persona jurídica.

3. Aspectos dogmáticos

En primer lugar, es importante realizarnos la siguiente pregunta ¿Este delito se puede cometer en cualquier persona jurídica? La respuesta es no, solamente con personas jurídicas de derecho privado y ello ha sido establecido por la Corte Suprema en la Casación N° 1048-2019/Cusco de fecha 12 de octubre de 2020, donde se recaló que, solamente en las personas jurídicas de derecho privado, se podrán cometer este delito independientemente de si estas tengan fines económicos, fines altruistas, etc.

Muchas veces se enseña de manera incorrecta que, cuando un delito inicia con la nomenclatura “el que (...)” significa que cualquier persona puede cometer dicho delito y no siempre es así, ya que no es suficiente con identificar solo el “el que (...)” en la redacción, sino también, hay que analizar la estructura típica del delito y desde ya señalamos que no estamos ante un delito común, sino, ante un delito especial porque se requiere un status jurídico específico al sujeto activo dentro de la empresa como tal, esto es, ejercer funciones de administración o representación, nos preguntamos ¿Cualquier miembro de la empresa puede cometer este delito? No.

Vamos a definir y detallar un poco “el que (...)” ¿es cualquier persona?, no, primero porque se reduce a temas dentro de una persona de derecho privado ¿Cualquier persona que trabaje dentro de esta persona jurídica va a ser autor de este delito?, la respuesta es no, ya que solo serán autores de este delito aquellos que tengan función de representación o administración vinculados directamente a temas económicos o financieros dentro de la persona jurídica; entonces, no es cualquier sujeto y por ello vemos que el círculo de autores del delito se reduce drásticamente, porque incluso

una persona puede estar dentro de la empresa, puede trabajar dentro de la empresa, puede tener cargos de dirección, pero no siempre va a tener funciones administrativas o de representación y eso hay que identificarlo, estamos pues, ante un delito especial, un delito de infracción del deber.

Ahora bien, tenemos que señalar que estamos frente a un delito especial propio, por ende, cuenta con un injusto propio y vamos a ver cuál es la diferencia en la modalidad número ocho de uso con el delito de hurto o apropiación ilícita. Es un delito de peligro concreto, no es un delito de resultado conforme se pudiera extrapolar de la relación de tipo penal, pese a que el Artículo.- 198 nos señala "el que (...) ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica realiza en perjuicio de terceros", se entiende de ello que el tipo no exige necesariamente una defraudación concreta.

Por lo tanto, ahora aplicando el principio de legalidad estaríamos ante un delito que no necesariamente requiere un resultado, sino, una puesta en riesgo del patrimonio de la empresa o de la persona jurídica, basta una puesta de riesgo efectiva para que se pueda configurar las modalidades del delito y puede haber un uso indebido del patrimonio de la persona jurídica, inclusive cuando no hay un detrimento económico efectivo, pero si se ha originado un riesgo, entonces se configurará este delito.

Estamos ante un delito de peligro concreto no de peligro abstracto, pues tiene que haber una puesta real de peligro de patrimonio de la persona jurídica ¿Por qué no peligro abstracto? Porque vamos a apreciar como en las modalidades recogidas en el Artículo 198 podrían existir conductas similares con aquello que se denominan irregularidades societarias, donde puede haber un mal manejo administrativo de la persona jurídica, pero no necesariamente puede existir una puesta en riesgo ni una lesión del bien jurídico protegido, entonces estaríamos ante una irregularidad societaria y no ante un delito.

En este delito hay una función de protección dualista respecto al bien jurídico, esto es, el correcto funcionamiento de la persona jurídica de derecho privado de manera general y, de manera específica, el patrimonio de la persona jurídica, lo dejamos en el patrimonio de la persona jurídica vinculado directamente a las funciones que tiene el administrador respecto al correcto funcionamiento de la persona jurídica en materia económica.

Se ha mencionado que en el peligro concreto no hace falta una lesión efectiva al patrimonio societario de la persona jurídica en perjuicio propio o de terceros, entendiéndose que de repente la empresa agraviada se encuentre en un consorcio y se pueda afectar a otras personas jurídicas ya que no

necesariamente tiene que ser la propia persona jurídica; y, como ya se venía señalando, lo que tiene que quedar claro es que cuando ustedes están frente a este tipo de delitos, a este delito en específico, hay que repasar mucho la norma societaria para poder tener en claro cuál es la distinción entre una administración fraudulenta propiamente consagrada en el artículo 198 del Código Penal y una conducta que solo amerita sanciones societarias.

Por ejemplo, la administración irregular sin perjuicio patrimonial, claramente eso puede enmarcarse dentro de tema societario entendiéndose el Derecho Penal con carácter de última ratio; y, algo engorroso seguramente que hay que solucionar ya que entiendo que, desde el punto de vista societario, la solución a determinados conflictos, pudiera ser muchísimo más rápido que el proceso penal, sin embargo, aquí la diferencia es la lesión al bien jurídico protegido ya que si existe una puesta en riesgo concreto del patrimonio de la persona jurídica se requerirá la intervención del Derecho Penal, si es que no existe ello, pues existen otras vías que seguramente son igual o incluso más eficaces que el propio Derecho Penal.

Los autores son solamente aquellos sujetos que tengan una condición especial, ya que es un delito de infracción del deber, por ejemplo, estos deberes son deberes societarios que tiene el administrador con una institución positiva como es la persona jurídica de derecho privado y estos deberes lo vinculan, le dan un status jurídico normativo dentro del empresa que se supone debe cumplir y velar por el correcto funcionamiento de la administración económica de la persona jurídica y son esos deberes, que cabe resaltar son extrapenales, los que le dan contenido propiamente a sus funciones y cuyo quebrantamiento posibilitará que se le pueda imputar o no el delito que se está señalando a título de autor, claro está que, este es un delito de infracción del deber de deberes especiales, normas extrapenales, societarias, civiles, mercantiles, contables, etc. y una institución positiva como lo es la persona jurídica que tiene una regulación jurídica propia, tiene fines jurídicos propios y cuyo estatus del administrador lo vinculan normativamente con la protección de los bienes jurídicos que están dentro de la empresa.

Entonces el delito de administración fraudulenta es un delito de infracción al deber y hay que dejarlo en claro, por ello, vamos a profundizar un poco más lo que es propiamente el análisis de este delito tipificado en el artículo 198. Este indica que, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y ciento ochenta a trescientos sesenta días de multa el que (sujeto activo), ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica de derecho privado, realiza -desde un punto de vista ontológico como omisivo o comisivo-, no simplemente

un acto factivo de realizar entendido en ese sentido en perjuicio de la persona jurídica o de terceros entonces ¿Debe ser un perjuicio real efectivo o de pericia?, la respuesta es no, aunque de darse, sería una buena opción probatoria para la configuración de delito porque ya existiría una prueba objetiva material; sin embargo, para la realización del tipo penal no se requiere una afectación efectiva, sino, principalmente una puesta en riesgo, un peligro concreto del patrimonio de la persona jurídica, y, cualquiera de los siguientes actos será reprimido con pena privativa de libertad a aquella persona que realice cualquiera de los siguientes actos:

4. Modalidades delictivas de fraude

4.1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.

Al respecto, sobre esta modalidad, se habrá escuchado aspectos jurídicos-societarios que no están con el Derecho Penal, pero que, por la acción redactada en el tipo al inicio de este supuesto delictivo va a encontrar fundamento.

Primero, que no basta cualquier acción, no es que el administrador oculta a los socios o a los accionistas alguna información, por ejemplo, de cuál es la situación de la persona jurídica, no basta con ello, no es simplemente que no doy cuenta para que se configure, sino que, ésta debe tener una finalidad o tiene que buscar un objetivo y ello tiene que ser positivo o negativo y eso es el dolo, estamos ante un delito doloso ¿Por qué razón se va a omitir o se va a ocultar alguna información? Si simplemente se sancionará el mero ocultamiento, podría ser una deficiencia de administración y se estaría sancionando un tema penal, una deficiencia del administrador cuando la norma no señala eso, la interpretación correcta, es que necesariamente este ocultamiento debe buscar una finalidad negativa o positiva ante la persona jurídica

¿Por qué alguien ocultaría una situación económica de la persona jurídica? Porque alteraría la percepción económica que tiene la persona jurídica, puede ser para conseguir préstamos o de repente por evitar daños ocasionales, ocurren tantos casos, pero tienen una finalidad y no es el mero ocultamiento por omisión, debe tener una finalidad en específico vinculado a cualquier estado económico y financiero de la persona jurídica, no sólo

a temas contables sino también tema con acreedores y deudores con utilidades etc.

Se oculta esta información desde el estado de la persona jurídica, otra modalidad comisiva es falseando los balances, de repente, se altera los balances, por ejemplo, las pérdidas las conviertes en ganancia reflejando u omitiendo los mismos beneficios o pérdidas que se señalaba, tal vez se cambia o se altera el ciclo de las utilidades. Tenemos que advertir que el legislador ha dejado una cláusula abierta a esta modalidad, al usarse la nomenclatura “cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables”, en todo caso, esta modalidad deberá de ser analizada de manera restrictiva.

4.2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.

La segunda modalidad de este delito es proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica como una aparente falsedad ideológica, hay que recordar que la falsedad ideológica sólo se puede dar o cometer con instrumentos de carácter público y no de carácter privado; sin embargo, se tiene que tener un enfoque económico vinculado al estado de la persona jurídica, ya que, para su configuración, se proporcionarán datos falsos relativos a la persona jurídica, por ejemplo, cuando alguien señala o solicita los datos dentro de la empresa y se otorga datos falsos en la condición de administrador, para ello, hay que ver que solamente es relevante la información interna sobre el manejo patrimonial.

Aquí, no interesa el manejo reputacional de la empresa, al menos, no penalmente, no interesa la información que tenga que ver con fines altruistas, mercantiles, etc., por ello, es que hago énfasis siempre en el carácter específico de la información solicitada por un auditor externo y si se llega a falsear ese documento, pues puede encajar dentro de esta modalidad.

4.3. Promover por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.

Esta modalidad consiste en promover, en realizar una acción, el cómo es que se va a actuar por cualquier medio fraudulento, sea falsación de cotizaciones, de acciones, títulos o participaciones, como crear condiciones financieras para que se realicen falsas cotizaciones. Por ejemplo, quieres cotizar en bolsa y creas condiciones financieras “favorables” fraguando, promoviendo falsas cotizaciones, títulos o participaciones, y así provocar un incremento de utilidades para cotizar mejor o para obtener mejores precios, etc.

Estas acciones constituyen delito, pues es una modalidad que, -como le reitero- busca sancionar principalmente aquella acción fraudulenta que pretenda conseguir condiciones económicas financieras para obtener cierta rentabilidad y que estas se realicen por una falta de cotización adecuada.

4.4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.

El doctor Percy García Cavero en su libro Derecho Penal Económico Parte Especial, denomina a esta modalidad “autocartera encubierta”, ello, porque la sociedad adquiere directamente sus propias acciones, a nivel de bolsa, de acuerdo con la demanda, por ejemplo, aquellas acciones que son más cotizadas y donde existe una mayor posibilidad de poder ser vendidas, el precio de dichas acciones, ¿Aumenta o disminuye? El precio, evidentemente aumenta, y si de repente, en una empresa quieren comprar sus propias acciones y cotizan sus propias acciones de autocartera, entonces, dicha conducta está considerada como delito al aceptar que este “funcionario” administre dentro de la persona jurídica dichas acciones de manera fraudulenta.

Hay dos tipos de sanción, por ejemplo, el adquirir acciones de la “autocartera directa”, que es la modalidad que está sancionada por la norma penal, y por la norma societaria como -compra de acciones propias- y, la otra que es la “autocartera encubierta de manera indirecta”, y ello lo explica muy bien el profesor Percy García Cavero en libro de Derecho Penal Económico Parte Especial quien pone el ejemplo de una sociedad subsidiaria que quiere acciones de la matriz, es una forma de cotización indirecta, una autocartera de manera indirecta, se entiende entonces que es aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como crédito importante.

4.5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.

La quinta modalidad de este delito, es fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes, pero ¿Qué es lo que busca aquel administrador que fragua estos balances?, Se entiende que son balances económicos y financieros, únicamente, para reflejar una distribución de utilidades inexistentes, fraguar balances, por ejemplo, si la empresa terminó en negativo el año anterior pero se busca aparentar que está bien en términos económicos, se fragua balances, se señala que no se encuentran en pérdidas y no se quiere mostrar verdaderamente cuál es la situación económica y legal de la persona jurídica, ya sean garantías económicas, créditos hipotecarios, etc., principalmente, aquí se trata de aparentar una situación financieramente estable, toda vez que, fingiendo este estado, se le pueden otorgar présta-

mos con garantías propias de las acciones. En este caso, se habrá cometido el delito bajo lo dispuesto en esta modalidad.

4.6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.

La sexta modalidad del delito de fraude en la administración de personas jurídicas o administración fraudulenta es el omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con la persona jurídica.

Aquí, también podría incluirse al compliance officer que es una suerte de auditorio, claro está que, cuando se redactó esta estructura del tipo penal no se hablaba mucho de compliance pero la redacción bien podría enmarcarse dentro de la figura del compliance officer por omisión de comunicar intereses incompatibles o específicamente el no comunicar al directorio y omitir cualquier información.

Ahora bien, aquella persona que tenga bajo su responsabilidad la administración o representación de la persona jurídica, resulta, criminalmente cuestionable de ser punible, ya que, no se podría evidenciar un perjuicio próximo el patrimonio con esta modalidad y ni siquiera una lesión efectiva, sino, un peligro abstracto, porque, básicamente es sometido a comunicar y hacer que existan intereses propios que sean incompatibles con la persona jurídica. Cuando estamos ante intereses legítimos de la persona jurídica como por ejemplo los beneficios, entonces se sanciona el acto de omitir algún tipo de información que sea incompatible con la persona jurídica.

Lo que vincula a una persona con la administración de una persona jurídica son esos deberes especiales de una correcta administración empresarial, claro, correcta administración entendida para beneficios económicos siempre de la persona jurídica, porque, ¿Qué sucede si existen conductas o en este caso intereses incompatibles y yo como administrador omito comunicar sobre ello?, ciertamente, el perjuicio no se va a ver completamente, por eso, es que no se podría sancionar o cuestionar esta situación, pero sí, podría existir un incumplimiento de mis deberes al no cumplir con la razón de ese cargo, que es velar por los intereses de la persona jurídica, y son intereses incompatibles con ello, por lo tanto, la norma penal sanciona esta situación más allá de que de repente se deba comunicar los intereses propios, podría ser hasta beneficioso, pero no puede existir un tema contra-

rio si no real respecto a una lesión de la persona jurídica, como una puesta en riesgo que pudiera ser cuestionable por lo que allí se busca sancionar ese acto, pues es una conducta que está vinculada a la lealtad que tienen los administradores para con las funciones propias de la persona jurídica.

4.7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica

La modalidad siete nos dice lo siguiente; será sancionado aquel sujeto activo que, asuma indebidamente préstamos para la persona jurídica; ahora bien, no se sanciona cualquier endeudamiento, sino, únicamente aquellos que sean indebidos, parece redundante, pero, sí se sancionará cualquier endeudamiento entonces simplemente una persona jurídica no pudiese pedir préstamos y sabemos que incluso los préstamos tienen una finalidad dentro del sistema bancario así que no se puede sancionar un simple endeudamiento, sino, únicamente uno indebido que tenga la capacidad de poner en riesgo el patrimonio de la persona jurídica -se entiende que, puede ser indebido porque pudiera poner en riesgo a la persona. Jurídica- pero hay que exigir un poco más, ya que no es cualquier endeudamiento, sino que debe tener la posibilidad de afectar económicamente el patrimonio de la persona jurídica.

Pareciera que a simple vista cualquier préstamo puede funcionar pero aquí es el quebrantamiento de las funciones del administrador para solicitar préstamos ya que se entiende que dentro de las funciones del administrador está el velar por un correcto y adecuado uso y manejo del dinero del patrimonio de la empresa, incluso en las cargas reales que puede tener para poder hipotecar, para poder solicitar créditos y tener estos préstamos y para ello existe un límite.

Un ejemplo gráfico es la capacidad de endeudamiento de la persona jurídica de la empresa en una junta de socios y supongamos se acuerda que es hasta el máximo el 40% de su patrimonio y de repente el administrador hace un préstamo que no sólo compromete 40% sino que también compromete el 50% entonces, se está endeudando indebidamente, esa conducta propiamente se subsume dentro de la modalidad siete del delito de fraude en la administración de las personas jurídicas del préstamo indebido -como ya mencione antes- no basta endeudarse por endeudarse, si un administrador, dentro de una persona jurídica maneja inadecuadamente el tema de un deuda pues está cometiendo este delito, que cabe resaltar que, es un delito no menor porque ello puede traer consecuencias financieras drásticas que pueda perjudicar gravemente a una persona jurídica como, por ejemplo, el tema de Infocorp, riesgo crediticio, historial crediticio y finalmente una empresa con poca capacidad crediticia.

El poco respaldo crediticio provoca que difícilmente una empresa pueda surgir porque sin préstamos no puedes crecer, y ahí la necesidad de que se pueda crecer a través de los préstamos bancarios.

4.8. Usar en provecho propio o de otro el patrimonio de la persona jurídica.

La octava modalidad, es el usar en provecho propio o de otro el patrimonio de la persona jurídica; es una de las modalidades más recurrentes dentro del delito de fraude de la administración de las personas jurídicas, es este, usar en provecho propio o de otro, el patrimonio de la persona jurídica, sí, muchos de ustedes se estarán preguntando si es un peculado de uso, pues la modalidad es bastante similar pero para empezar no es necesario una apropiación del patrimonio, solo dice usar en provecho, y -¿Por qué es importante mencionarlo?-, porque esta es la diferencia del hurto y la apropiación ilícita, puede haber apropiación ilícita, puede haber hurto, pero se ven diferenciados en esta modalidad porque aquí no se requiere de la apropiación propiamente o del desprendimiento del patrimonio para su configuración, pues en ningún momento se va a sustraer del ámbito normativo de custodia, no va haber un requerimiento de devolución sino simplemente un uso, un uso indebido del patrimonio de la persona jurídica.

El uso tiene que buscar un provecho y este puede ser un provecho propio o de un tercero, pero este debe ser un provecho económico ya que estamos ante un delito de esta naturaleza, por más que se utilice el tema del patrimonio de la persona jurídica, se tiene que buscar ese beneficio económico -es lo que yo señalo-, y no es necesario una apropiación del patrimonio, se sanciona el manejo indebido del patrimonio de la persona jurídica, si por ejemplo, si se le otorga a un administrador la posibilidad de que con este dinero realice determinada acción y de repente este desvía el patrimonio de la persona jurídica y lo utiliza para otras situaciones, estará cometiendo este delito ya sea por provecho propio o de un tercero, pues si se está utilizando o se da una suerte de malversación, se está incurriendo en este delito.

4.9. Utilizar cualquier documento contable que sustente operaciones inexistentes o simuladas para encubrir pagos a favor de terceras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

La novena modalidad, que fue precisamente incorporada en este delito el año 2022 con la Ley N° 31501, consiste en utilizar cualquier documento contable que sustente operaciones inexistente o simuladas para encubrir pagos en favor de terceras personas, sean naturales, jurídicas o extranjeras

y utilizar cualquier documento contable en temas financieros directamente vinculados a la contabilidad, que sustente cualquier tipo de operaciones inexistentes o simuladas, tal vez dentro de estos documentos contables se simulan compras y ventas de adquisiciones que nunca existieron para encubrir pagos a favor de terceras personas naturales o también buscando un beneficio propio.

El inciso noveno señala que para encubrir pagos a favor de terceras personas naturales o jurídicas no se requiere de la existencia de una lesión efectiva, sino, una puesta en riesgo igual que todas las modalidades, ya que, es un delito netamente doloso, si existiera un tema de culpa o de repente un mal manejo, esto puede estar involucrado dentro del tema societario, pero dentro de lo que es el Derecho Penal, únicamente se sancionarán aquellas conductas dentro del tipo como lo es el utilizar documentación contable con contenido inexistente.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. Al inicio de la disertación se había hecho mención de que, cuando se daban estos problemas económicos dentro de una empresa en algunas ocasiones para salvaguardarse de una exposición se resolvía de manera interna, ¿Considera que en la vida real esta es la forma más común de resolver dichos problemas o las empresas prefieren exponerse y realizar una denuncia penal?

Es un tema político criminal, trate de explicar un supuesto, dentro de la criminología o política criminal, existe algo llamado “la cifra negra”, llevándolo a lo que son los delitos comunes, esto se entiende más que todo en delitos comunes, como lo es la violación sexual.

Por ejemplo, ocurren 100 delitos de índole sexual, lo más probable es que solamente se sancionen o se denuncie un porcentaje menor, entendiéndose que estos sean al interior del ente familiar principalmente, un ente cerrado y eso hace que propiamente muchas veces no se denuncie pese a que se cometió el delito, por múltiples factores.

Algo similar ocurre en los delitos societarios, no es tan gráfico como el ejemplo señalado, pero existe ese tema de que, pese a que, existió un delito no siempre se suele denunciar precisamente por el tema reputacional, porque tú como empresa no quieres ser mal visto, por ejemplo, si tu administrador está desbaratando económicamente a la empresa, entonces, algunas veces, solo lo despides pero no vas más allá porque pese a que hayan existido estos malos manejos, externamente se da la impresión de que estas denunciando a tu propio administrador y se emite el mensaje “inadecuado”

de si la empresa hace eso con su propio dinero imagínese lo que puede hacer con el dinero de otras empresas que de repente quieren invertir. Entendiendo este tema desde un punto de vista general existe esta cifra negra.

La duda razonable: Manifestación de la presunción de inocencia como regla de juicio y parámetro de absolución en el proceso penal peruano*

Felix I. Chero Medina**

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Importancia de la prueba en el proceso penal / 3. La presunción de inocencia en el marco supranacional y nacional / 4. La presunción de inocencia como principio procesal / 5. La presunción de inocencia y sus reglas de aplicación / 5.1. La presunción de inocencia como regla de trato / 5.2. La presunción de inocencia como regla probatoria / 5.3. La presunción de inocencia como regla de juicio / 6. Conclusiones / 7. Referencias bibliográficas

RESUMEN

En el proceso penal, la duda acerca de la existencia de alguno de los hechos constitutivos de la pretensión penal (acusación) debe conducir obligatoriamente a la absolución del acusado; en tanto, no ha sido posible quebrantar la presunción de inocencia como garantía procesal, incluso independientemente de la posición activa (aportación de pruebas de descargo) o de la posición pasiva (ausencia de pruebas de descargo) que el procesado haya asumido como estrategia de defensa. Ello en razón que, el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal precisa que: “En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

* Escrito académico para el Curso Especializado en Fundamentos del Derecho Penal, Teoría del delito y Parte General y Curso Especializado en Derecho Penal - Parte Especial organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 08 al 11 de mayo del 2023

** Abogado. Maestro en Derecho con mención en ciencias penales. Estudios concluidos de doctorado en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque. Catedrático de Pre y Postgrado. Autor de artículos especializados y conferencista en temas de derecho penal y procesal penal. Ex Ministro de Justicia y Derechos Humanos del Perú.

Palabras clave: Proceso penal, presunción de inocencia, duda razonable, indubio pro reo, valoración, absolución.

ABSTRACT

In criminal proceedings, doubts about the existence of any of the facts constituting the criminal claim (accusation) must necessarily lead to the acquittal of the accused; meanwhile, it has not been possible to violate the presumption of innocence as a procedural guarantee, even regardless of the active position (provision of exculpatory evidence) or the passive position (absence of exculpatory evidence) that the defendant has assumed as a defense strategy. This is because article II of the Preliminary Title of the Criminal Procedure Code specifies that: "In case of doubt about criminal responsibility, it must be resolved in favor of the accused".

Keywords: Criminal proceedings, presumption of innocence, reasonable doubt, indubio pro reo, assessment, acquittal.

1. Introducción

El proceso penal peruano, cimentado sobre un modelo acusatorio garantista adversarial o más concretamente sobre la base de un modelo acusatorio garantista con rasgos adversariales, en sus diferentes etapas preliminar, preparatoria, intermedia y Juzgamiento, delimita el rol y función del juez y de los sujetos procesales. Ello implica que, en virtud a ese rol, cada parte tiene la responsabilidad de actuar en el proceso penal, no sólo observando el principio de legalidad procesal, sino también todos los demás principios generales y especiales que rigen al proceso penal peruano, entre ellos el de presunción de inocencia íntimamente ligado al de indubio pro reo.

En dicho contexto el Juzgamiento se erige como la etapa más importante del Proceso Común, aquella en la que el debate oral cobra vital importancia y en la que se plasma el verdadero sentido del modelo acusatorio garantista con rasgos adversariales que impone el Código Procesal Penal en nuestro país, en el cual las partes desarrollan sus conocimientos, destrezas y habilidades para demostrar que su posición es la que generará el convencimiento judicial y orientará el desarrollo y resultado del proceso.

Así, para el caso del Ministerio Público, su objetivo es convencer al juez que su acusación tiene sustento factico y normativo, basado en pruebas de entidad suficiente que le permita concluir el proceso en una sentencia condenatoria o una terminación anticipada con un acuerdo razonable respecto a la pena y reparación civil, y, para la defensa, entiéndase una defensa técnica eficaz, lograr una sentencia absolutoria sobre la base de demostrar

que la acusación fiscal adolece de suficiencia probatoria o que durante el debate probatorio surge para la valoración del juez la duda razonable respecto a los hechos imputados que conllevan a una sentencia absolutoria, ambas posturas basadas en un debido proceso, en la aportación y producción de pruebas válidamente incorporadas al proceso y con la observancia de los derechos y garantías constitucionales aplicables a éste.

Dentro de los derechos y garantías constitucionales aplicables al proceso penal moderno, democrático, constitucional y respetuoso con los derechos humanos, ineludiblemente ha de estar presente el máximo respeto al derecho a la presunción de inocencia, íntimamente ligada al indubio pro reo, que constituye una de sus reglas implícitas, la cual es, sin duda, una de las conquistas en materia de derechos fundamentales, de todo ciudadano. En este sentido "la presunción de inocencia es la piedra angular del proceso penal moderno, y como tal ha sido consagrada en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 2º inciso 24 literal e) de la Constitución Política del Perú.

2. Importancia de la prueba en el proceso penal

El tratamiento de la prueba es sumamente amplio, implica analizar y desarrollar, su concepto, principios, sistemas de valoración, clasificación, etc.¹, que, por razones didácticas, en el presente artículo nos referiremos únicamente a su importancia.

Conforme lo señala el profesor CAFFERATA NORES, la prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real, y a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales²

Al convertirse en un medio de comprobación y demostración de los hechos imprime objetividad a la decisión judicial. De esta manera, en las resoluciones judiciales, solo podrán admitirse como ocurridos los hechos que hayan sido acreditados plenamente mediante pruebas objetivas, lo que impide que aquellas sean fundadas en elementos puramente subjetivos³.

En el conocimiento de un hecho, el ser humano puede estar en uno de los

1 Ver CHERO MEDINA, Félix. Proceso Común y Sistema de Audiencias en el Nuevo Código Proceso Penal. Fondo Editorial. USMP. Lima 2013, Págs. 131-156. NEYRA FLORES, José A. Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral. IDEMSA. Lima-Perú. 2010. Págs. 543 y ss.

2 CAFFERATA NORES, José I. La prueba en el proceso penal, con especial referencia a la Ley. 23.984. DEPALMA, 5ta. Ed. Buenos Aires 2003, Pág. 5.

3 NEYRA FLORES, José A. Manual del nuevo proceso penal y litigación oral. IDEMSA. Lima-Perú. 2010. Págs. 545.

tres estados siguientes: duda, probabilidad y certeza; éstos son explicados con mucho acierto por Nicola Framarino Dei Malatesta de la siguiente manera: “*La mente humana puede encontrarse, con respecto al conocimiento de un hecho, en estado de ignorancia, o sea ausencia de todo conocimiento; en estado de credibilidad, en sentido específico, es decir, igualdad de motivos en cuanto al conocimiento afirmativo y al negativo; en estado de probabilidad, que es el predominio del conocimiento afirmativo, y en estado de certeza, que es conocimiento afirmativo y triunfante*”⁴(cursiva agregado).

“La certeza, la probabilidad y la duda son los únicos y verdaderos grados persuasivos del hombre, como cualquiera puede observar en sí propio. Y aun puede decirse que los términos precisos e invariables son el primero y el tercero, esto es, la certeza y la duda, porque en el primero no hay un solo elemento de duda, y en el tercero ni uno de certeza; en cambio el segundo es un término indeciso y variable, pudiendo haber en él una probabilidad indefinidamente mayor o menor y no sujeta a medida”. Y luego agrega: “A medida que las dudas se aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge”⁵

De lo anterior se puede precisar que debe eliminarse toda duda para que surja la certeza, pero se debe ser muy cuidadoso de llegar a la certeza sobre hechos reales, los cuales tienen que ser verificables y comprobables dentro de la etapa probatoria del juzgamiento, a través de las pruebas introducidas, por los sujetos procesales, debidamente legitimados, en la forma y con las garantías previstas por la ley. Para que exista certeza no debe haber un solo resquicio de duda y de producirse ésta, el Juez Unipersonal o el Colegiado penales, deben absolver al acusado, sin más trámite, aplicando el principio indubio pro reo, manifestación de la presunción de inocencia como regla de juicio, en el proceso penal.

Tal como lo precisa FRAMARINO: “La certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva. Pero certeza y verdad no siempre coinciden, pues algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras, dudamos de lo que es objetivamente verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en ocasiones le parece dudosa a otro, y hasta falsa a un tercero”.⁶

En ese sentido, ELLERO, afirma: “esa gran importancia de la misión penal, que exige la certeza, excluye al propio tiempo aquella necesidad que

4. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas*, Bogotá, 1964, T.I. Pág.11.

5. ELLERO, Pietro. *De los juicios criminales*, Madrid, 1953, 5ª. Ed. Pags.18 y 36.

6. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas*, Bogotá, 1964, T.I. Pág.13.

en diversas circunstancias de la vida se presentan, y en virtud de la cual hay que contentarse con las simples probabilidades. De allí que la bondad de las leyes y de las sanciones penales, antes de aumentar, disminuiría si se pudiera castigar a los ciudadanos en vista de meras sospechas; en realidad debe preferirse la impunidad del reo al castigo del inocente"⁷.

La convicción de culpabilidad para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios legalmente incorporados al proceso: **son las pruebas no los jueces, las que condenan**; esta es la garantía. La prueba por ser insustituible como fundamento de una condena, es la mayor garantía frente a la arbitrariedad punitiva⁸(negrita agregada).

Conforme señala NIEVA FENOL, el proceso penal posee una trascendencia sociológica incomparable con cualquier otro proceso. La propia normativa penal constituye un ámbito privilegiado del ordenamiento jurídico que, no obstante, se intenta que entre en juego únicamente como última solución. Teniendo en cuenta esas restrictivas características, dicho proceso parece un terreno bien acotado, y sobre todo apropiado, para examinar el tema que nos concierne. Lo anterior se confirma cuando, llegados al final del proceso, persiste la duda en el juez. En el proceso penal, como ya se ha dicho, la solución es simple: la duda se resuelve abruptamente en favor de la inocencia del reo.

Ello provoca no pocas perplejidades entre la sociedad y hasta entre diversos operadores jurídicos, lo cual es verdaderamente sorprendente y diría que, hasta inaceptable, si bien se piensa. Qué decir de los medios de comunicación... Lo cierto es que la presunción de inocencia, por mucho que tenga varios siglos de existencia y, de hecho, los orígenes de su orientación se pierdan en la noche de los tiempos, no es una norma auténticamente interiorizada por la sociedad y, por ende, por algunos de esos operadores jurídicos, que también pertenecen a la sociedad⁹.

Así, La necesidad de la prueba conforme lo afirma DEVIS ECHANDÍA, significa que "todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser corroborado sólo mediante pruebas introducidas legalmente, con independencia del conocimiento que sobre tales hechos tenga el juez, de ahí que, los fallos judiciales deben sustentarse en pruebas previstas en la ley, pruebas que tienen que ser sometidas a la contradicción de la contra parte, para que tenga la oportunidad procesal de conocerla y discutirla, aunque

⁷ ELLERO, Pietro. De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal. Librería "El Foro". 1era. Ed. Buenos Aires, 1994, Pág. 53

⁸ CAFFERATA NORES, José I. La prueba en el proceso penal, con especial referencia a la Ley. 23.984. DEPALMA, 5ta. Ed. Buenos Aires 2003, Pág. 6.

⁹ NIEVA F. J. (2013). La duda en el proceso penal. Editorial Marcial Pons. Barcelona: 2013. Pág. 8.

la prueba no le perjudique. La contradicción de la prueba comprende necesariamente el derecho a tener oportunidad para contraprobar, o sea para procurar y ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra”¹⁰.

4. La presunción de inocencia en el marco supranacional y nacional

En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”. De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “(..) *la Corte ha afirmado en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada*”¹¹.

En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24 de la Constitución establece que “*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*”. De esta manera, el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, artículo 1 de la Constitución), como en el principio pro hómine¹².

El Tribunal Constitucional mantiene una línea jurisprudencial uniforme, respecto a la comprensión y aplicación de la presunción de inocencia, al precisar que: “*el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que*

10 DEVIS ECHANDÍA. Hernando. Compendio de la prueba judicial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, T.I. Pág. 33.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero VS. Ecuador (Sentencia del 2 de noviembre de 1997). Párr. 77.

12 El principio pro homine, es un criterio hermenéutico que tiene prevalencia en materia de derechos humanos, que permite hacer una interpretación amplia y no restrictiva de mejor protección a la persona humana y puede activarse su aplicación ante una pluralidad de normas aplicables, y optarse por aquella norma ius fundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos (FJ. 8 Cas. 333-2019-ICA). El principio pro homine, denominado también “regla de la preferencia”, que establece en esencia que ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición, es imperativo para el Juez Constitucional escoger aquella que conlleve una mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, desechando toda otra que constriña, reduzca o limite su cabal y pleno ejercicio (STC. Exped. 00299-2015-PA/TC).

presunción iuris tántum, implica que (..) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir " hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva"¹³ . De igual forma, precisó que, "la presunción de inocencia se mantiene 'viva' en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (..) "¹⁴"

En cuanto a su contenido, se ha considerado que el derecho a la presunción de inocencia, comprende: "*(..) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible. sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción*"¹⁵ .

No obstante, el desarrollo del derecho fundamental a la presunción de inocencia, es pertinente sentar algunas precisiones adicionales a efectos de una cabal comprensión y tutela del derecho en mención. En primer lugar, se quiere decir que, como todo derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter. Esto es, que no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva, dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional.

En segundo lugar, el derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales - como la detención preventiva o detención provisional- , sin que ello signifique su afectación, "*(..) porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho*"¹⁶

Siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tántum* y no una presunción absoluta; de lo cual

13 STC. Exped. 0618-2005-PHC/TC, fundamentos 21 y 22.

14 STC. Exped. 2915-2004-PHC/TC, fundamento 12.

15 STC. Exped. 061 -2005-PHC7TC, fundamento 22.

16 HAAS, Evelyn. «Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán». Ponencia presentada en el XII encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina, realizado en Punta del Este (Uruguay), del 10 al 14 de octubre de 2005. pp. 4-5.

se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una suficiente actividad probatoria.¹⁷

4. La presunción de inocencia como principio procesal

La presunción de inocencia es concebida como derecho fundamental, como garantía y como principio procesal. Desde esta perspectiva debemos precisar siguiendo al profesor ORE GUARDIA, que “los derechos, son las facultades que asisten al individuo para exigir el respeto o cumplimiento de todo cuanto se establece y reconoce en su favor en el ordenamiento jurídico vigente. Por su parte, las libertades abarcan un campo más amplio que el de los derechos, y su esencia es fundamentalmente política. Finalmente, las garantías son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el debido reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento”¹⁸.

Por su parte GÓMEZ COLOMER, citado por Caro Coria, señala que, los derechos fundamentales pueden ser y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales”. Y agrega que “los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas, reconocidos por la Constitución y que tienen aplicación en el proceso penal”¹⁹.

En dicho contexto, el proceso penal presupone un conjunto de directrices y conceptos básicos que aseguran la unidad lógica de las normas e instituciones que la componen, encarnados en unos principios específicos o rectores, llamados a estructurar el modo de realizar el *ius puniendi*, en condiciones que permitan su ejercicio efectivo y garantista, sin menoscabo de los derechos y garantías que corresponde asegurar al imputado y reconocer a la víctima. Ello obliga a que dichos principios deban ser configurados con cierta coherencia interna, ya que de lo contrario no habría equilibrio entre los intereses en conflicto, que la mayor de las veces redundaría en beneficio de la pretensión punitiva estatal. Dentro de los principios genéricos del proceso penal se encuentra concebido el principio de presunción de inocencia que a su vez se constituye en un derecho fundamental y en una garantía procesal.

17 STC. EXP. 01768-2009-PA/TC. FJ. 8

18 ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. 2da. Ed. Lima. Alternativas. 1999.

19 GÓMEZ COLOMER. Juan Luis. Constitución y Proceso Penal. Citado por CARO CORIA. Las Garantías Constitucionales del Proceso penal. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006.

Este Principio, se manifiesta y desarrolla en su aplicación práctica durante todo el proceso penal bajo determinadas reglas: i) Regla de Trato, ii) Regla Probatoria, y; Regla de Juicio.

De allí que, en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, específicamente en el Art. II del T.P, se precisa: “toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y **debe ser tratada como tal**, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere **de una suficiente actividad probatoria de cargo**, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

En **caso de duda** sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

Por su parte el artículo 398º del Código Procesal Penal, al referirse a la sentencia absolutoria, precisa que:

“La motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente la existencia o no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como, de ser el caso, la declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, **que subsiste una duda sobre la misma**, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal” (negrilla agregado)

5. La presunción de inocencia y sus reglas de aplicación

5.1. La presunción de inocencia como regla de trato

La presunción de inocencia, como regla de trato, impone a los operadores de justicia, a los funcionarios estatales e incluso a los particulares, la obligación de tratar al detenido, investigado, procesado, acusado; como inocente, desde la perspectiva constitucional de que toda persona se presume inocente, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada.

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional Peruano, al referirse a la observancia de dicha regla ha señalado que: *“a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comi-*

sión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva”²⁰.

En un sentido similar, la Corte IDH ha indicado que “el derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”²¹.

Agrega el TC , que la referencia a la presunción de inocencia como regla de trato que informa el desarrollo del proceso también se ha trasladado a la normatividad infraconstitucional. En efecto, el Código Procesal Penal del 2004 reconoce que “[...] toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”²².

Resulta importante destacar la observancia de esta regla con relación a la situación de aquellas personas que, sin una sentencia firme, son expuestas en ruedas de prensa, particularmente ante los medios de comunicación.

Con este propósito, el Tribunal Constitucional ha examinado desde el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el contexto nacional, si es que la exposición en ruedas de prensa de personas detenidas resulta o no compatible con la Constitución, concluyendo que:

“Este Tribunal estima que, en la práctica, esto supone que las autoridades deben abstenerse de, por ejemplo, promover prácticas en las que a las personas involucradas con la comisión de un delito se las exhiba públicamente a la prensa.

En ese sentido, se suele hacer referencia en la doctrina a la existencia de los denominados “juicios paralelos”. Se suele entender que esta clase de “enjuiciamientos fuera del proceso” son efectuados por parte de los medios de comunicación, y versan, por lo general, sobre una persona cuya situación jurídica está pendiente de ser resuelta por una autoridad jurisdiccional.

20 STC. Exped. 01768-2009-PA, fundamento 5.

21 Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N° 275, párr. 235.

22 Pleno. Sentencia 973/2021. Exped. N° 02825-2017-PHC/TC. Fundamento 15.

En el desarrollo de esta labor informativa, suele ser natural que los integrantes de la prensa formulen algún juicio de valor en relación con los hechos”²³.

“De este modo, para el Tribunal Constitucional la exhibición de personas detenidas en ruedas de prensa, y el uso de chalecos en los que se indique que la persona tiene la condición de “detenida” o “procesada” genera una severa afectación del derecho a la presunción de inocencia. En ese sentido, las autoridades involucradas con la persecución del delito deben abstenerse, en lo sucesivo, de realizar o promover esta clase de prácticas”²⁴.

5.2. La presunción de inocencia como regla probatoria

Para determinar la responsabilidad penal de una persona, entiéndase mediante un debido proceso y garantizando su elemental derecho a la defensa, se requiere no de cualquier prueba, sino de aquella que resulte suficiente para generar certeza positiva de la comisión del delito y de su vinculación racional y objetiva con el acusado. De allí que, La presunción de inocencia **como-regla probatoria**—supone la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías procesales.

“La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa”²⁵.

Es necesario anotar que el investigado no siempre debe adoptar una posición pasiva en el proceso, con relación a la aportación de prueba; sino que, determinadas actuaciones o incidencias promovidas por él, necesariamente requieren de una mínima actividad probatoria para acreditar su pretensión durante el proceso penal (ejemplo instar el sobreseimiento, plantear una cuestión previa o prejudicial, cuestionar el monto de la reparación civil, etc.).

La doctrina procesal está de acuerdo en que la influencia del derecho a la

23 Pleno. Sentencia 973/2021. Exped. N° 02825-2017-PHC/TC. Fundamento 25.

24 Pleno. Sentencia 973/2021. Exped. N° 02825-2017-PHC/TC. Fundamento 32.

25 STC. EXP. N° 04415-2013-PHC/TC. Fundamento 2.

presunción de inocencia, en el proceso penal, hace que la actividad probatoria sea el eje de giro de su contenido esencial. De este modo, el derecho a la presunción de inocencia no solo sirve para asignar el onus probandi, sino que además sirve como criterio de decisión del juez al exigir la absolución del acusado cuando la prueba sea insuficiente²⁶.

Bustamante Rúa, precisa que, de esta regla probatoria, se deriva lo siguiente: a) *La existencia de actividad probatoria suficiente*- en contraposición a la simple sospecha-para el convencimiento judicial más allá de toda duda razonable; b) *La existencia de prueba de cargo*, que recaiga sobre la existencia del hecho y la participación en él del acusado-prueba directa e indirecta-expresando en la sentencia las razones que llevan al juez a valorar que se trata de prueba incriminatoria; c) *actividad probatoria suministrada por la acusación*, se exige que la actividad probatoria de cargo, sea aportada al proceso por la acusación, toda vez que la presunción de inocencia permita al acusado permanecer inactivo, sin que la falta de pruebas de descargo, pueda actuar en su contra- con perjuicio-, d) *prueba practicada en juicio oral*, para que pueda desvirtuar la presunción de inocencia y cumplir con el principio de contradicción-con las excepciones de prueba anticipada-; e) pruebas practicadas con respeto de las garantías procesales y derechos fundamentales: por ello es coherente afirmar que las pruebas practicadas en el juicio oral permiten potenciar la inmediación, la publicidad, la concentración, la celeridad y la contradicción. Igualmente, esta exigencia excluye que la prueba obtenida con desconocimientos de los derechos fundamentales, pueda ser valorada en la sentencia²⁷.

5.3. La presunción de inocencia como regla de juicio

Finalmente, la presunción de inocencia actúa como regla de juicio, para aquellos casos, en los que el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una sentencia, ni en sentido absolutorio, ni en sentido condenatorio, esto es, "cuando se encuentra en estado de duda irresoluble"²⁸

Resulta pertinente desarrollar en la línea doctrinaria del maestro CAFFERATA NORES, "**los estados intelectuales del Juez respecto de la ver-**

26 REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. En Revista de Derecho (Valdivia-Chile), Vol. XXV - N° 2 - diciembre 2012, Páginas 229-247.

27 BUSTAMANTE RÚA, Mónica. M. "La relación de estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano. Opinión Jurídica. Vol. 9 N° 17, pág. 71-91. ISSN-1692-2530. Enero-junio 2010. Medellín Colombia.

28 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Prueba y Presunción de inocencia. Madrid: Ed. Iustel, 1ª edición, 2005. P. 157.

dad”. Ya se dijo que el proceso penal tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para lo cual no hay otro camino científico ni legal que el de la prueba. En virtud de ella, el juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a su juzgamiento. La prueba va impactando en su conciencia, generando distintos estados de conocimiento, cuya proyección en el proceso tendrá diferentes alcances, así, tenemos:

a) Verdad

La verdad que se persigue en el proceso penal es, a diferencia de lo que sucede en sede civil, la históricamente ocurrida, denominada verdad material, verdad correspondencia o verdad real. Conviene, entonces, buscar un concepto de “verdad”.

Partiendo de las definiciones clásicas, cabe decir que “verdad” es la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que lo ese objeto es en realidad.

La verdad, como correspondencia absoluta entre el hecho delictivo del pasado y lo que de él se allá podido conocer en el proceso, es una aspiración ideal, a la cual no se llega en forma sencilla, tanto por las limitaciones propias de su naturaleza “histórica” (no se la puede percibir por experiencia-como se podría hacer con la gravedad o la inercia-, sino que se la debe reconstruir conceptualmente, por las huellas que aquel hecho allá dejado), los problemas, rutinas y perjuicios que influyen en la percepción judicial y las necesidades de solución del caso, como por las limitaciones impuestas por el orden jurídico, que subordina el logro de la verdad al respecto de otros valores, generalmente relacionados con la debilidad humana (entre otras limitaciones).

A partir de estos condicionamientos, habrá que extremar los recaudos para que la verdad que se admita en el proceso sea lo más correspondiente posible con la realidad de lo ocurrido, al punto de que las pruebas de cargo en él obtenidas sean idóneas para provocar en los jueces la firme convicción, demostrable racionalmente a base de aquellas, de que están en lo cierto (certeza) sobre la culpabilidad del acusado, sin la cual no puede haber condena penal.

Podríamos decir que, frente a la dificultad para demostrar la absoluta “verdad por correspondencia” de la acusación, el orden jurídico, en garantía del acusado, opta por solucionar el problema en términos “psicológicos”, imponiendo las condiciones de prueba y motivación ya señaladas, que le otorguen a la creencia o convicción de los jueces (de naturaleza psicológi-

ca) el título de “certeza judicial”. Para eso deberán extremar sus “controles de calidad”, y aventar las tentaciones de sustituirla por el arbitrio judicial fundado en otros motivos o en el puro voluntarismo.

Asimismo, habrá que garantizar que la acusación pueda ser refutada, comprobada o desvirtuada mediante procedimientos probatorios idóneos a tal fin; y que sólo se la admita como verdadera cuando pueda apoyársela en pruebas de cargo, no enervadas por las de descargo, mediante la valoración de todas ellas conforme a las reglas que orientan el recto pensamiento humano: la lógica, los principios de la ciencia y la experiencia común, que son “reglas que permiten discernir lo verdadero de lo falso”.

Esa bueno aclarar que la verdad que se procura en el proceso penal es la verdad sobre la culpabilidad del imputado: su inocencia se tiene por verdadera hasta que se prueba lo contrario, lo cual no excluye el derecho de aquel a acreditarla, ni la obligación de los órganos públicos de no ignorar (ni ocultar) pruebas de descargo y de atender las circunstancias eximentes o atenuantes que hubiere invocado.

b) Certeza

Ya dijimos que la verdad es algo que esta fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Cuando esta percepción es firme se dice que hay certeza, a la cual se la puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad.

La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de que algo no existe); pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. El intelecto humano, para llegar a esos extremos, debe generalmente recorrer un camino, debe ir salvando obstáculos en procura de alcanzar esa certeza. Y en ese tránsito se van produciendo estados intelectuales intermedios, los cuales suelen ser denominados duda, probabilidad e improbabilidad.

c) Duda

Entre la certeza positiva y la certeza negativa se puede ubicar a la duda en sentido estricto, como una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se esta pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, todos ellos igualmente atendibles. O, más que equilibrio, quizás sea una oscilación, porque el intelecto es llevado hacia el “sí” y luego hacia el “no”, sin poder quedarse en ninguno de estos extremos, sin que ninguno de los dos polos, ni en positivo ni en negativo,

lo atraiga suficientemente como para hacerlo salir de esta indecisión pendular. La "impotencia" conviccional de la prueba de cargo para justificar racionalmente la íntima convicción del juzgador sobre la culpabilidad del imputado, es equiparable a la duda en sus efectos benéficos para éste.

d) Probabilidad

Habrà probabilidad, en cambio, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos, es decir, que aquellos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. Cuando los elementos negativos sean superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista) se dice que hay improbabilidad (o probabilidad negativa)²⁹.

Cuando el texto constitucional establece expresamente en su artículo 2º, inciso 24, literal e), que "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Este dispositivo constitucional supone, en primer lugar, que por el derecho la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal.

Resulta importante el abordamiento del concepto y aplicación de la duda razonable en la Jurisprudencia Argentina, así, se precisa que:

"Duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde "razonable" equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y, a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria. En consecuencia, cabe descartar los cuestionamientos formulados a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de mérito si la defensa no ha conseguido exponer elementos que permitan afirmar que el razonamiento y las inferencias realizadas conduzcan a dudar razonadamente sobre la ocurrencia del hecho y

29 CAFFERATA NORES, José I. La prueba en el proceso penal, con especial referencia a la Ley. 23.984. DEPALMA, 5ta. Ed. Buenos Aires 2003, Págs. 6-9.

la intervención del imputado, como para justificar la aplicación del principio *in dubio pro reo*”³⁰.

Así, la contundencia de la hipótesis acusatoria no se mide en sí misma sino en su relación con la propuesta de descargo, lo planteado por el imputado y el respeto de la presunción de inocencia. *Se trata de establecer cuál de las hipótesis en pugna reúne los requisitos de no refutación y mayor confirmación de sus concurrentes.*

La presunción de inocencia impone que para declarar la responsabilidad penal de una persona se “requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales (regla probatoria); sin embargo, la defensa en su hipótesis, también presenta pruebas de descargo que, al ser valoradas en forma conjunta por el Juez, lejos de generarle convicción con respecto a la responsabilidad penal del acusado, le generan duda y esta tiene que ser una duda razonable. De allí que nuestro ordenamiento procesal, precisa que: “En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado” (inciso 1 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

Con relación a esta regla, el Tribunal Constitucional, ha precisado que:

“(…) el principio de presunción de inocencia se despliega transversalmente sobre todas las garantías que conforman el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Y, mediante él, se garantiza que ningún justiciable pueda ser condenado o declarado responsable de un acto antijurídico fundado en apreciaciones arbitrarias o subjetivas, o en medios de prueba, en cuya valoración existen **dudas razonables sobre la culpabilidad del sancionado**. El contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, de este modo, termina convirtiéndose en un límite al principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, puesto que dispone la exigencia de un mínimo de suficiencia probatoria para declarar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable”³¹ (negrita agregado).

La Corte Suprema, ha precisado que:

“La duda razonable constituye uno de los pilares sobre los cuales descansa el proceso penal en un Estado constitucional de derecho y, aun cuando dicho principio no se basa directamente en el artículo

30 Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. CNCCC 40533/2016/TO1/CNC1, Sala 2, Reg. nro. 495/2018, resuelta el 9 de mayo de 2018”. Buenos Aires-Argentina (Voto del juez Sarraabayrouse al que adhirieron los jueces Morin y Días).

31 TC. Exp. N° 1172-2003-HC/TC. Fundamento 2.

139, inciso 11, de la Constitución Política del Estado, pues este únicamente consagra al instituto de la duda, desde un punto de vista de preferencia normativa –esto es, en caso de existir duda en la aplicación de una ley penal o en el supuesto de conflicto, debe preferirse la más favorable al reo–; al hacerse una valoración e interpretación sistémica se puede inferir también que se está en el ámbito de la duda cuando existen pruebas, tanto de cargo como de descargo, que no rompen la situación de oscuridad impeditiva de asumir la certeza, debido a que ambas partes procesales (acusadora y acusada) aportaron elementos a favor de sus respectivas posiciones y a que nuestro sistema procesal penal opta por favorecer a la parte acusada cuando se producen este tipo de situaciones”³².

El Tribunal Constitucional, hace una importante distinción en lo referente a la insuficiencia probatoria y a la duda razonable, al precisar que:

“Ahora bien, cabe anotar que tanto la presunción de inocencia como el indubio pro reo inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. *En el primer caso, que es algo objetivo*, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y *en el segundo caso, que es algo subjetivo*, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas). La sentencia, en ambos casos, será absolutoria, bien por falta de pruebas (presunción de inocencia), bien porque la insuficiencia de las mismas - desde el punto de vista subjetivo del juez - genera duda de la culpabilidad del acusado (indubio pro reo), lo que da lugar a las llamadas sentencias absolutorias de primer y segundo grado, respectivamente”³³.(cursiva y subrayado agregado).

La Corte Suprema de la República, también ha precisado la diferencia entre insuficiencia probatoria de pruebas y duda razonable:

“En el primer supuesto, estamos ante la inexistencia de material probatorio de cargo, lo que impide al juez realizar la valoración correspondiente de tales medios probatorios y le impide, por consiguiente, decidir sobre la responsabilidad o no del acusado. Mas esta carencia es producto de una deficiente actividad probatoria del órgano encargado, en este caso de la Fiscalía a cargo de la investigación, lo que puede relacionarse con una falta de quien tiene la carga de la prueba, y ante este supuesto opera la presunción de inocencia

32 RECURSO DE NULIDAD N° 523-2020 JUNÍN. Fundamento dècimoprimerio.

33 STC. Exped. N° 00728-2008-HC/TC. Fundamento 37.

como regla probatoria, al no cumplirse las exigencias que esta regla implica, y como tal, el resultado es la absolución del acusado. Sin embargo, cuando sí existen pruebas de cargo, pero que no han sido suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, dado que al igual que la defensa proporcionó medios de prueba del mismo peso que los de la fiscalía, estamos ante el supuesto de duda razonable.

Es así que en la insuficiencia probatoria no existen pruebas, o las que existen son mínimas, y en la duda razonable, en cambio, existen pruebas tanto para la culpabilidad como para la inocencia y es precisamente ante ese supuesto que se aplica la presunción de inocencia”.³⁴

En ese escenario, resulta trascendente aclarar que, dentro de los estados intelectuales del juez, un alto nivel de probabilidad de participación en un evento delictivo no equivale a la certeza. La probabilidad o improbabilidad son igual que la duda, estados intermedios en el intelecto humano, diferente al estado de certeza positiva o negativa que son absolutas. Tanto la duda como la probabilidad o la improbabilidad al ser estados intermedios condicionan la absolución. Solo con la certeza positiva se puede sostener una condena.³⁵

6. Conclusiones

- El derecho fundamental a la presunción de inocencia, conforme lo ha precisado el Tribunal Constitucional; en tanto que, presunción iuris tantum, implica que (..) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir “ hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva”. De igual forma, “la presunción de inocencia se mantiene ‘viva’ en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla.

- La presunción de inocencia, teniendo en cuenta la tendencia a la constitucionalización del proceso penal, se constituye en un derecho fundamental, en una garantía y en un principio procesal. Este Principio, se manifiesta y desarrolla en su aplicación práctica durante todo el proceso penal bajo

34 R.N. N° 2000-2019 LIMA SUR. Fundamento sexto.

35 R.N. N° 2000-2019, Lima Sur. Fundamento decimosegundo.

determinadas reglas: i) Regla de Trato, ii) Regla Probatoria, y; Regla de Juicio.

De allí que, en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, específicamente en el Art. II del T.P, se precisa: “toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y **debe ser tratada como tal**, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere **de una suficiente actividad probatoria de cargo**, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En **caso de duda** sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

•El proceso penal tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para lo cual no hay otro camino científico ni legal que el de la prueba. En virtud de ella, el juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a su juzgamiento. La prueba va impactando en su conciencia, generando distintos estados de conocimiento, cuya proyección en el proceso tendrá diferentes alcances, así, tenemos: verdad, duda, certeza y probabilidad.

Así, dentro de los estados intelectuales del juez, un alto nivel de probabilidad de participación en un evento delictivo no equivale a la certeza. La probabilidad o improbabilidad son igual que la duda, estados intermedios en el intelecto humano, diferente al estado de certeza positiva o negativa que son absolutas. Tanto la duda como la probabilidad o la improbabilidad al ser estados intermedios condicionan la absolución. Solo con la certeza positiva se puede sostener una condena.

7. Referencias bibliográfica

BUSTAMANTE RÚA, Mónica. M. “La relación de estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano. Opinión Jurídica. Vol. 9 N° 17, pág. 71-91. ISSN-1692-2530. Enero-junio 2010. Medellín Colombia.

CAFFERATA NORES, José I. La prueba en el proceso penal, con especial referencia a la Ley. 23.984. DEPALMA, 5ta. Ed. Buenos Aires 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero VS. Ecuador (Sentencia del 2 de noviembre de 1997). Párr. 77.

CORTE IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N° 275, párr. 235.

CHERO MEDINA, Félix. Proceso Común y Sistema de Audiencias en el Nuevo Código Proceso Penal. Fondo Editorial. USMP. Lima 2013.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de la prueba judicial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, T.I.

ELLERO, Pietro. De los juicios criminales, Madrid, 1953, 5ª. Ed.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas, Bogotá, 1964, T.I.

FOUCAULT, M. (1995). La verdad y las formas jurídicas. editorial Gedisa. Barcelona. 1995.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Constitución y Proceso Penal. Citado por CARO CORIA. Las Garantías Constitucionales del Proceso penal. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006.

HAAS, Evelyn. «Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán». Ponencia presentada en el XII encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina, realizado en Punta del Este (Uruguay), del 10 al 14 de octubre de 2005.

NEYRA FLORES, José A. Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral. IDEMSA. Lima-Perú. 2010.

NIEVA F. J. La duda en el proceso penal. Editorial Marcial Pons. Barcelona: 2013.

ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. 2da. Ed. Lima. Alternativas. 1999.

PLENO. Sentencia 973/2021. Exped. N° 02825-2017-PHC/TC.

RECURSO DE NULIDAD N° 523-2020 JUNÍN.

RECURSO DE NULIDAD N° 2000-2019 LIMA SUR.

REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. En Revista de Derecho (Valdivia-Chile), Vol. XXV - N° 2 - diciembre 2012.

Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. CNCCC 40533/2016/TO1/CNC1, Sala 2, Reg. nro. 495/2018, resuelta el 9 de mayo de 2018". Buenos Aires-Argentina (Voto

del juez Sarabayrouse al que adhirieron los jueces Morin y Días).

STC. Exped. 00299-2015-PA/TC.

STC. Exped. 0618-2005-PHC/TC.

STC. Exped. 2915-2004-PHC/TC.

STC. Exped. 061 -2005-PHC7TC.

STC. EXP. 01768-2009-PA/TC.

STC. EXP. N° 04415-2013-PHC/TC.

STC. Exp. N° 1172-2003-HC/TC.

STC. Exped. N° 00728-2008-HC/TC.

Derecho probatorio*

Leyla Lais Almandós Vargas**
Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La prueba: Noción etimológica / 3. Noción de prueba / 3.1. Función cognoscitiva de la prueba / 4. Marco Constitucional / 5. Derecho a la prueba - Marco Constitucional / 6. Marco legal / 6.1. Código Procesal Civil / 6.2. Código Procesal Penal / 6.3. Código Procesal Constitucional / 7. Principios del derecho a la prueba/ 7.1. Necesidad / 7.2. Comunidad / 7.3. Unidad / 7.4. Preclusión / 7.5 Inmediación / 7.6. Publicidad / 7.7. Contradicción / 7.8. Oralidad / 8. Derecho a probar / 8.1. Principios de pertinencia y utilidad / 8.2. Principio de legalidad y excepciones / 9. Práctica de la prueba / 10. Valoración de la prueba / 11. Derecho a probar / 11.1. Exp. N.º 0895-2001-AA/TC / 12. Conclusiones.

1. Introducción

El derecho probatorio es muy amplio, ya que abarca el estudio de todo lo que implica un proceso: principios, nociones, finalidad, naturaleza y valoración.

Es por ello, que a continuación se hará referencia a las cuestiones elementales, cuestiones básicas que se tiene que entender por derecho probatorio y noción de la prueba; y finalmente, se hará referencia a la importancia y la finalidad para el proceso, que es la principal función de la prueba.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral en el Nuevo Código Procesal Penal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 28 de enero de 2023.

** Jueza de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Este. Ejerció el cargo de Fiscal Especializada en delitos de tráfico ilícito de Drogas del Callao. Magíster en Derecho en Ciencias Penales por la USMP. Con maestría en Derecho Procesal por la PUCP. Especialización en blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso por la Universidad de Salamanca (España). Cuenta con estudios de especialización avanzada en Derecho Penal y Procesal Penal en la PUCP.

2. La prueba: Noción Etimológica

El derecho probatorio tiene como base fundamental o elemento principal a la prueba. El término prueba proviene del latín *Probatio probationis*, que a su vez proviene del vocablo *probus* que significa bueno, honesto. En base a ello, lo que se debería entender por prueba hace referencia a lo que es bueno, a lo que se ajusta a la realidad en la contrastación que se realiza, es aquel elemento que se utiliza para contrarrestar la realidad y llegar a una conclusión mediante procesos racionales.

La prueba es el eje fundamental de todo el proceso, sin prueba no hay proceso (*Sentis*), no sólo en procesos penales, sino también en procesos civiles, constitucionales y administrativos; incluso en la vida cotidiana se hace referencia ante el surgimiento de un acontecimiento. Es por ello, que no es necesario circunscribir netamente al concepto de prueba con un determinado proceso. Es una noción cotidiana y que su importancia radica en todas las especialidades, es por ello que decimos que es el eje fundamental de todo proceso.

3. Noción de prueba

Existe prueba cuando la afirmación sobre un hecho resulta verificada o confirmada sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles (*Taruffo*).

3.1. Función cognoscitiva de la prueba

Establece si los hechos relevantes (objeto del proceso) han tenido lugar en la realidad.

Como se señaló en líneas anteriores cuando se habla de prueba no únicamente se habla del proceso, sino hace mención a lo general, a todo lo que puede servir para demostrar algo en la vida cotidiana. Sin embargo, cuando se habla de prueba dentro de un proceso se analiza acerca de qué es lo que se tiene que demostrar; en un proceso civil básicamente lo que está sujeto a prueba es todo lo referido a los puntos controvertidos que se hayan fijado; en cambio, en un proceso penal se demostrará la presencia de cada uno de los elementos del delito que se imputa. Por ejemplo, en un caso de homicidio será determinar cómo se produjo la muerte de la persona, quién lo produjo, todo ella será objeto del proceso y la prueba tiene que estar referida directamente a probar ello, pero también es necesario tener en cuenta que no se debe entender que lo que se debe de demostrar son absolutamente todos los hechos acontecidos en la historia en estricto, ya que llegar la verdad plena es casi imposible.

Es por ello, que el objeto de proceso va estar referido a las proposiciones de las partes, aquellos que afirman las partes ante un determinado hecho; es respecto a ello es que se va a delimitar frente a un proceso.

4. Marco constitucional

El derecho a la prueba cuenta con reconocimiento constitucional, así está comprendido en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú (CPP)

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Se conoce que en cuanto al marco constitucional el derecho a la prueba está comprendida dentro del debido proceso y también se relaciona con la tutela jurisdiccional.

5. Derecho a la prueba – Marco Constitucional

- Exp. N.º 03997-2013-PHC/TC:

El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva. Esto se relaciona con lo anteriormente mencionado del artículo 50 inciso 3 de la CPP.

Los justiciables no sean sometidos a las instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien sabe resolver el caso.

- Exp. N.º 010-2002-AI:

El derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la CPP.

- Exp. N.º 2456-2004-AA/TC:

El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural – jurisdiccional predeterminado por la ley-, el derecho a la defensa, a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones. Como se mencionó antes el Tribunal Constitucional reconoce el derecho de prueba como parte del debido proceso, tal y como se expresa en artículo 139 inciso 3 de la CPP.

6 Marco legal

El derecho a la prueba también se encuentra reconocida legalmente en nuestros diferentes cuerpos normativos.

6.1 Código Procesal Civil (Art. 188, 189 y 190)

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, el objeto de prueba. Lo puesto a disposición por los sujetos procesales tiene por finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes, es decir, las pretensiones. Cada sujeto procesal tiene una pretensión dentro de un proceso y es eso lo que busca probar. En base a ello, se dará la fijación de puntos controvertidos, su importancia radica en fijar los medios probatorios pertinentes establecidos en los marcos legales.

6.2 Código Procesal Penal (Art. IX del Título Preliminar)

Toda persona tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria; y, en las condiciones provistas por la Ley, a utilizar los medios de pruebas pertinentes. El ejercicio del derecho de la defensa se extiende a todo estado y grado de procedimiento, en la forma y la oportunidad que la ley señala. Aquí el Código Procesal Penal a diferencia que el Código Procesal Civil, el primero menciona en su Título Preliminar sobre el derecho a prueba y a la vez lo delimita como en el tiempo razonable para la incorporación de pruebas al proceso, utilización de un medio de prueba pertinente de acuerdo al objeto de proceso, ya que la ley establece la forma, el tiempo y la oportunidad para la presentación del medio probatorio.

6.3 Código Procesal Constitucional (Art. 9º)

Se extiende por tutela efectiva aquella situación de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, a la defensa, entre otros.

Esto conculca con la Constitución, el derecho a la prueba está reconocido dentro del derecho al debido proceso y vinculado a la tutela jurisdiccional efectiva ubicado en el Código Procesal Constitucional, es decir, vincula la tutela efectiva y señala que debe considerar para la comprensión de que a una persona se le ha respetado la tutela efectiva que le corresponde y es precisamente que se haya respetado el derecho a probar, esta netamente vinculado a su derecho de defensa.

7. Principios del derecho a la prueba

Todos estos principios deben de ser evaluados al momento de calificar una admisión de prueba y un ofrecimiento para finalmente determinar una actuación de la prueba. El derecho a la prueba tiene partes, procesos, etapas como el ofrecimiento, determinación de su pertinencia, admisión y por último su actuación en la etapa fundamental del proceso, el juicio.

7.1. Necesidad

La prueba es necesaria porque permite corroborar o acreditar uno de los puntos en el proceso. La prueba debe ser pertinente y necesaria; pertinente en relación en relación a lo que es sujeto de prueba y necesaria para el proceso.

7.2. Comunidad

La prueba le pertenece al proceso, no a quien lo ofrece, es decir, la prueba pasa a ser parte del proceso. Por lo tanto, estará en evaluación para todos quienes son parte del proceso, por lo cual no se puede evaluar, valorar y analizar de forma independiente.

7.3. Unidad

Las pruebas deben analizarse en conjunto.

7.4. Preclusión

Hace referencia al tiempo u oportunidad en el cual debe ser presentada la prueba. Por ejemplo, en el Proceso Penal las pruebas se presentan en el requerimiento de control acusatorio, pero si se conforma parte de la defensa se ofrece cuando se corre traslado del requerimiento acusatorio, no puede ofrecerse después de esta etapa. La regla es que se debe presentar en la etapa determinada. Sin embargo, existe la prueba extemporánea, en el caso de enterarse de la existencia de un con posterioridad al momento en el cual debía presentarse siempre y cuando este debe de acreditar y fundamentar que no se tenía acceso ni conocimiento a este medio de prueba y es por ello, que se ofrece en una etapa ajena a la determinada.

7.5. Inmediación

Este principio significa que todas las pruebas que se incorporen al proceso que son ofrecidas, admitidas al proceso tiene que actuarse en presencia de los sujetos procesales y el juez, que es director, de todo el proceso.

7.6. Publicidad

Hace referencia a que los juicios tienen derecho a ser públicos, salvo las excepciones que la ley estipula. Por ejemplo, en los casos referidos a violación sexual de un (a) menor de edad.

7.7. Contradicción

Hace referencia a que la prueba está sujeta al examen de la otra parte, el cual podrá ejercer el derecho de contradicción y cuestionar el medio de prueba que se ha incorporado al proceso por el principio de comunidad de la prueba.

Su importancia radica en que está ligado al principio de inmediación porque permite que el juez pueda evaluar directamente la actuación y los cuestionamientos que se realizan al medio probatorio. La contradicción o examen que se realiza enriquece el conocimiento que se quiere adquirir con su actuación.

7.8. Oralidad

Inicialmente sólo estaba vinculado al proceso penal, pero ahora se tiene la oralidad en el proceso laboral y civil. Este principio ha influido con cuestiones positivas en el proceso porque permite que sea más célebre y así evitar que sea netamente escritural, sino que incluso ayuda a tener una conexión directa y que se cumpla con mayor razón el principio de inmediación. Exige que el medio probatorio introducido al proceso tiene que ser necesariamente realizado de manera oral y sólo cuando se cumpla con ello puede servir de base para que se sustente de una resolución judicial.

8. Derecho a probar

Se considera que todo sujeto procesal tiene derecho de presentar las pruebas que considere que serán pertinentes para el objeto del proceso.

El juez será quien evaluará la pertinencia de las mismas para ser incorporadas al conjunto de pruebas (juicio hipotético). El juez valora y evalúa la pertinencia de cada prueba, pero no con liberalidad ni a su consideración, sino de acuerdo al objeto de prueba.

8.1 Principios de pertinencia y utilidad

Se debe admitir toda prueba que guarde relación directa e indirecta con el objeto de prueba, al hacer referencia al objeto de proceso es determinar si los hechos ocurrieron en la realidad y es lo que normalmente se busca probar en el proceso. La utilidad de la prueba igualmente se relaciona con la vinculación de prueba e hipótesis a ser demostrada. La prueba no debe

ser vinculada con lo netamente histórico, ya que es materialmente imposible. Por lo contrario, esto solo permitirá hacer una aproximación de lo que realmente sucedió en determinada fecha.

8.2 Principio de legalidad y excepciones

Este principio nos permite determinar qué pruebas debemos incorporar al proceso, teniendo en cuenta las excepciones que se exigen para su introducción, siendo estas las siguientes: El tiempo, la forma, el modo de incorporación y la oportunidad de cómo se incorpora. Asimismo, se debe tener en cuenta que aparte de lo ya mencionado, tampoco ingresan pruebas al proceso que vulneren los derechos fundamentales.

Un tamiz adicional es que el derecho probatorio establece reglas que limitan el ingreso de pruebas en función de criterios que se encuentran orientados a la protección de derechos y bienes valiosos, eso quiere decir que no sólo existe el filtro de tiempo, modo, forma de cómo incorporar sino también el respeto a los derechos fundamentales.

9. Práctica de la prueba

La prueba se practica en el proceso, esto significa, básicamente que la prueba propuesta y admitida sea actuada dentro del mismo. Esta se practica o actúa en la fase más importante del proceso, es decir, el juicio.

El principio de contradicción posee un papel importante en esta fase del proceso, en tanto serán las partes quienes pueden cuestionar o examinar la prueba y con ello contribuir al conocimiento de los hechos.

10. Valoración de la prueba

Después de ofrecer la prueba, luego que esta haya sido admitida y actuada. Finalmente se realiza la valoración de la prueba en estricto de la materia procesal se debe realizar por un juez, es su función fundamental.

La valoración de la prueba es el efecto de la actividad probatoria, en otras palabras, posterior a la actuación de la prueba en el proceso judicial, corresponde al juez la valoración de la prueba. Sea positiva o negativa en base a lo que analizó en virtud del principio de inmediación, a la información que obtuvo por medio del principio de contradicción valorará la prueba en el momento que tiene que tomar una decisión sobre un determinado hecho concreto.

Si bien todos pueden valorar la prueba, pero cuando se hace referencia a valoración de la prueba en el derecho probatorio nos referimos a que lo

realiza un juez dentro del proceso para que finalmente tome una decisión dentro de la controversia que tiene al frente.

11. Derecho a probar

Así como en valoración a la prueba se refiere en estricto orden de derecho probatorio hacia el juez, cuando se hace mención a derecho a probar se refiere a los sujetos procesales o como anteriormente se conocía partes procesales.

11.1. Exp. N.º 0895-2001-AA/TC

El derecho a probar es un derecho autónomo, el Tribunal Constitucional ha sostenido: la consideración de derechos no enumerados debe de distinguirse de los “contenidos implícitos” de los “derechos viejos”. En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente.

12. Conclusiones

En el derecho probatorio hablar de prueba es también referirse al reconocimiento en las legislaciones de diferente naturaleza y esa es la importancia de la prueba, ya que esta no se debe vincular con una determinada rama del derecho. Suele suceder que se habla de derecho a la prueba en el proceso penal, derecho a la prueba en el proceso civil, derecho a la prueba en el proceso administrativo; lo que se tiene que entender es que se tiene que hablar de teoría de la prueba y entender que es el único eje fundamental de cualquier proceso que tiene sus propias particularidades, sus propias características que ayudan a lograr el fin del proceso general, no se habla por especialidad, se habla de una sola teoría de la prueba para el proceso en general.

Búsqueda, ofrecimiento y actuación de prueba documental*

Henry Coronado Salazar**

Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Búsqueda de la prueba documental / 3. Ofrecimiento y admisión de la prueba documental / 4. Actuación de la prueba documental..

1. Introducción

En el proceso penal peruano, con la vigencia del nuevo código procesal penal, se ha delimitado los roles de los sujetos procesales. El Ministerio Público, es el único titular de la acción penal, es el encargado desde que toma conocimiento de la noticia criminal, de ejercitar la acción penal pública, por mandato constitucional, conforme lo prevé el artículo 159 de la Constitución Política. Por otro lado, el Juez, en el nuevo modelo procesal penal, no realiza actos de investigación, lo que realiza en concreto es controlar la legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público, en la etapa de investigación como juez garante del debido proceso y en la etapa intermedia, es el encargado de controlar la legalidad, utilidad, pertinencia y conducencia del ofrecimiento de los medios de prueba por parte de los sujetos procesales, cumpliendo de este modo, un rol fundamental, que viene ser, de filtro de la admisión de los diversos medios de prueba, para su actuación a nivel del juicio oral. Finalmente, el Juez, en la etapa de juzgamiento, cumple un rol fundamental, es el encargado de establecer el fallo, luego

* Ponencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Proceso Penal y Teoría de la Prueba en el NCPP – Curso Especializado en Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del viernes 31 de marzo al sábado 01 de abril del 2023.

** Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann. Magíster en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios concluidos de Doctorado en Derecho y Ciencia Política, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal Provincial Penal del Distrito Fiscal de la Selva Central- Ex Fiscal Adjunto Anticorrupción del Distrito Fiscal de Lima.

de la actuación probatoria por parte de los sujetos procesales, Ministerio Público, Defensa, actor civil, tercero civilmente responsable. En ese orden de ideas, para que pueda establecerse una condena a una persona, por un delito de persecución penal pública, el Ministerio Público, requiere en un primer momento hacer la búsqueda de datos indicios, hallazgos, en etapa de investigación y luego estos datos, indicios, hallazgos, que en conjunto se denominan elementos de convicción, pasan por el filtro de su elección de acuerdo al nivel que pueda vincular a una determinada persona, para convertirse en medio de prueba y ser ofrecido en etapa intermedia, para acreditar la proposición fáctica principal, que viene a ser la imputación concreta, contenida en el requerimiento acusatorio. En ese orden de ideas, uno de los medios de prueba, más importantes luego de la prueba personal, viene a ser la prueba documental, que sirve conjuntamente con los demás medios de prueba, para acreditar la posición fáctica.

2. Búsqueda de la prueba documental

Con la entrada en vigencia del nuevo código procesal penal, una condición necesaria para iniciar la persecución penal pública, es la existencia de una noticia criminal; esta noticia criminal puede ingresar al ministerio público por diversos medios: puede ingresar a través de una denuncia penal escrita, a través de una denuncia verbal, a través de medios de comunicación o a través de la comunicación que pueden efectuar las autoridades competentes, o también puede ser acogida de oficio por el Ministerio Público.

Lo importante es que exista, para el inicio de la investigación una noticia criminal, pero esta noticia criminal, debe pasar por el filtro de la calificación de la denuncia, por parte del Fiscal Penal competente. Y una vez que se realice la calificación de la denuncia, el fiscal entre otros puede disponer, el inicio de la investigación y con ella dar inicio a la estrategia de investigación. Esta estrategia de investigación que realiza el Fiscal, viene a ser una hipótesis de reconstrucción del evento criminal y en la práctica ella lo podemos visualizar en la Disposición de inicio de diligencias preliminares.

Es así, el primer punto respecto al ciclo de las pruebas, es la búsqueda y obtención de datos, indicios, hallazgos, que en conjunto se denominan elementos de convicción. Esta búsqueda y obtención de datos, indicios, hallazgos, en este primer momento, no viene a ser prueba, simplemente son datos, que no tienen la naturaleza de prueba documental u otra. Pero sirven, para vincular a una determinada persona en el evento criminal y fortalecer el hecho fáctico materia de investigación. Por ejemplo, una grabación fílmica, un archivo de audio una transcripción de un audio, o un manuscrito, todos ellos, no son prueba en etapa inicial de investigación, son solo datos que en conjunto se denominan elementos de convicción. Estos

datos, como por ejemplo, un manuscrito, un audio, una grabación filmica, deben ser obtenidos por el representante del Ministerio Público, respetando los derechos fundamentales de la persona o personas que vienen siendo investigadas, no se puede obtener estos datos, con violación de derechos fundamentales. Por ejemplo, un fiscal, no podría ingresar a la vivienda de un investigado para obtener un manuscrito que se encuentra en la vivienda del investigado, sin autorización judicial, si este último no se encuentra en flagrancia delictiva; pues hacerlo sin dicha autorización judicial, afecta su derecho a la inviolabilidad de domicilio del investigado y la obtención de ese dato, ejemplo, el manuscrito, sería considerado prueba ilícita y tendría que ser expulsado de la carpeta fiscal, a través de una tutela de derechos, por parte del abogado defensor. Otro ejemplo, sería el siguiente. María y José son amigos, y un día deciden salir a un bar a beber bebidas alcohólicas, y luego de beber par de copas, ambas personas aparecen en un hospedaje u hotel, donde luego, María indica, que ha sido violada sexualmente por José, porque habría perdido el conocimiento luego de beber par de copas de licor y decide interponer la denuncia penal, por violación sexual, en contra de José. En este caso, ante la denuncia efectuada por María, el Fiscal, decide aperturar diligencias preliminares, por violación sexual en estado de inconsciencia en contra de José y dispone diversos actos de investigación, para corroborar el hecho, entre ellos, por ejemplo puede disponer que se recabe la videocámara (grabación filmica) del hospedaje o de la calle donde está ubicado el hostel.

La obtención de ese dato, la grabación filmica, no es prueba a esa instancia de investigación que puede darse en diligencias preliminares o en la etapa de investigación preparatoria, esa grabación filmica, simplemente es un dato, que en el caso en concreto sería un dato documental y que, en conjunto con otros datos, vendría a ser elementos de convicción. Ahora bien, sobre ese punto, dato documental, que viene a ser la grabación filmica, la policía no podría obtener dicha grabación filmica, sin que exista disposición fiscal de inicio de diligencias preliminares, mucho menos podría la policía efectuar, la visualización y transcripción de dicha grabación filmica, sin que exista disposición fiscal, que ordene la obtención de dicho dato. Pues para que se pueda dar formalmente la investigación, es necesario que exista la disposición de inicio de diligencias preliminares y esta disposición fiscal de inicio, debe ser notificado al investigado, a fin de que nombre su abogado defensor de su libre elección en un tiempo prudencial, o en su defecto el fiscal penal, debe garantizar el derecho de defensa del investigado a través de un abogado de la defensa pública, para continuar con las diligencias en el caso en concreto. El hecho que exista facultades legales para que la policía realice actos urgentes e inaplazables, conforme lo dispone el artículo 67 y 68 del nuevo código procesal penal, no implica que este debe

efectuarse con violación de derechos fundamentales, como el derecho de defensa que tiene el investigado, conforme lo prevé el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

En ese orden de ideas a mi consideración, la policía no puede obtener esta grabación fílmica sin que exista disposición de inicio de diligencias preliminares. Hacerlo viola el derecho de defensa. Esos actos urgentes e inaplazables que puede efectuar la policía, esta referido a otro de sucesos, como, por ejemplo, al acta de detención en flagrancia delictiva. En este último, la Policía no necesita que concorra abogado defensor para detener a una persona cuando esta última se encuentra en flagrancia delictiva. Por ello, es importante mencionar, que si la policía o la fiscalía realiza un acto de investigación formal, sin haber puesto en conocimiento del investigado, esta deviene en nula, por afectación del derecho de defensa del investigado. Por ello, la policía para efectuar un acto de investigación formal, debe requerir previamente la disposición fiscal correspondiente, y en mérito a ello, efectuar los actos de investigación, garantizando el derecho de defensa del investigado. Pues nos preguntamos ¿qué pasaría si la policía, con las facultades que tiene de realizar actos urgentes e inaplazables, sin que exista disposición fiscal, va al hospedaje donde habría ocurrido el evento criminal de violación sexual, recaba el documento (grabación fílmica), y sin poner en conocimiento del investigado, procede a visualizar y hacer la transcripción? ¿ese documento, grabación fílmica, ahora transcrito, en documento manuscrito, tendrá valor legal, para el caso?.

A mí consideración ese dato documental, obtenido sería ilegal. Es decir, podría ser cuestionada, la legalidad de su obtención, pues si se tenía conocimiento que existía una determinada persona imputada por un determinado delito, como es el caso de José, esta persona tiene este derecho a poder participar en las diligencias por medio de su abogado defensor y dejar las constancias que sean necesarias en el acta que se levante, no efectuar de ese modo, afecta el derecho de defensa y no garantiza el debido proceso. En ese sentido, a mí consideración, lo correcto sería que el fiscal expida la disposición fiscal, lo ponga en conocimiento del abogado defensor y se realice la diligencia; pues si no se le pone en conocimiento al abogado de la contraparte, la disposición fiscal y se realiza ese acto de investigación, cuando ya existe imputado individualizado, ese dato obtenido puede ser un acto ilegal, que vulnera el derecho de defensa, del investigado y del debido proceso.

Por otra parte, distinto sería el caso, cuando la policía, en mérito a la disposición fiscal, obtiene este dato —la grabación fílmica—y procede con la apertura del dato obtenido que se encuentra almacenado en un USB, CD o disco duro, y se procede realizar la visualización y transcripción sin co-

municar a la contraparte: hasta la obtención del dato por parte de la policía no habría ninguna irregularidad; no obstante, si la policía obtiene el dato en mérito a la disposición para luego hacer la visualización y transcripción sin conocimiento de la contraparte, se configura un acto irregular, más no ilícito. En ese supuesto, no cabría expulsar del acervo documental, la transcripción de esa grabación filmica, pues fácilmente la defensa podría solicitar, una copia espejo de la grabación filmica que se encuentra en los actuados de la carpeta fiscal y poder solicitar se efectúe una pericia de parte, para evidenciar si existe datos incriminatorios o alteración de la grabación filmica o cortes en la grabación filmica y en la transcripción.

Por eso, en la primera etapa del proceso penal, lo que se obtiene regla general, viene a ser dato, indicio u hallazgo, más no prueba, pues la prueba se actúa en etapa de juicio oral, la excepción es la prueba anticipada, por ejemplo, la declaración que pueda rendir un menor de edad, en delitos sexuales, en cámara Gesell con presencia del juez de investigación preparatoria, fiscal y abogado defensor o también otra excepción, viene a ser la llamada prueba preconstituida, como es el caso de las actas policiales.

En ese orden de ideas, en el primer punto, referido a la búsqueda y obtención del dato documental, en etapa de investigación, se requiere, como requisito la licitud de su obtención; asimismo tienen que ser útil, pertinente y conducente, con el hecho materia de investigación.

3. Ofrecimiento y admisión de la prueba documental

La segunda etapa del ciclo de la prueba viene a ser el ofrecimiento, el ofrecimiento de los medios de prueba, se produce una vez que finaliza la etapa de investigación preparatoria, por parte del Fiscal. El ofrecimiento no es de elementos de convicción sino de medios de prueba. Los elementos de convicción, que hemos mencionado en líneas precedentes, sólo sirven, para vincular a una determina persona en el evento criminal, así como sirven para establecer su grado de participación y fundamentan el hecho factico, más no se presentan los elementos de convicción, para acreditar la proposición fáctica de la imputación contenida en la acusación.

Para acreditar la proposición fáctica contenida en la acusación, que en concreto viene a ser la imputación concreta, se debe ofrecer medios de prueba. Medios de prueba, que pueden estar constituidos por medios de prueba personal (testigos- peritos), medios de prueba documental y medios de prueba material. En el ejemplo mencionado de violación sexual y de lo mencionado por María, el elemento de convicción que podría vincular a la persona implicada podría ser, por ejemplo, el dato de la videocámara del hostel, donde se observa a ambas personas ingresando a un hostel. Otro

dato podría ser el resultado de la evaluación de la integridad sexual efectuado por el médico legista, a la agraviada, donde señale la existencia de lesiones recientes.

Todos estos datos que ahora se van a convertir en elemento de convicción, sirven para vincular primero al investigado en el evento criminal; así el certificado médico legal, la transcripción y visualización de la videocámara, el testimonio brindado por la agraviada, entre otros, sirven para indicar si existe una alta probabilidad o no, respecto a la participación de una determinada persona, en el evento criminal; pero eso no se ofrece, lo que se va a ofrecer, como medio de prueba, va ser el órgano de prueba personal, el documento y el objeto material si hubiera.

Ahora bien, la normatividad que hace mención al ofrecimiento de medios de prueba, se encuentra en el artículo 157 del Código Procesal Penal. El medio de prueba documental, tiene que ser ofrecida en etapa intermedia, como cualquier otro medio de prueba, cumpliendo los requisitos de legalidad, utilidad, pertinencia y conducencia, relacionados con el hecho materia de probanza. En ese sentido, este segundo momento —el ofrecimiento del medio de prueba documental—no ocurre automáticamente; para que ocurra su admisión, el fiscal deberá ofrecerlo a través del requerimiento acusatorio o las partes ofrecerlo luego del traslado de la acusación fiscal.

Es así, por ejemplo, para la admisión de un medio de prueba documental, el fiscal deberá ofrecer como documento y mencionar la utilidad, pertinencia y conducencia: el documento no ingresa automáticamente al proceso penal, menos en la etapa intermedia; tiene que ser ofrecido y debatido el ofrecimiento.

Por lo tanto, en esta segunda etapa, etapa intermedia, donde se admite medios de prueba, se debe tener mucho cuidado, que es lo que se va admitir para su actuación en juicio oral. Se debe evaluar, por ejemplo, si el documento ha sido obtenido lícitamente, si cumple los requisitos de utilidad, pertinencia y conducencia con el hecho materia de probanza; no hacerlo de este modo, genera como se viene generando en muchos casos, la sobrecarga procesal a nivel de juzgamiento.

Aunado a ello, el Juez de investigación preparatoria, en la etapa de admisión de medios de prueba, como puede ser en la admisión de medios de prueba documental, debe instar a las partes, a que puedan arribar a las convenciones probatorias, respecto a medios de prueba donde no exista controversia, para que, de ese modo, la actuación probatoria en juicio oral, sea más dinámica y se resuelva en el menor tiempo posible, el caso en controversia.

4. Actuación de la prueba documental

La actuación probatoria es el momento estelar, que se desarrolla en la etapa de juicio oral. Es en esta etapa, que los medios de prueba ofrecidos en la etapa intermedia, tendrán que ser actuados, por los sujetos procesales, Ministerio Público y defensa, para acreditar la proposición fáctica presentada al juez de juzgamiento. El medio de prueba no ingresa automáticamente, para probar la proposición fáctica, esta se tiene que actuar a través de técnicas de litigación oral. El testigo como órgano de prueba personal, debe concurrir, para mencionar a viva voz, lo que conoce sobre el caso y esa información que ingresa servirá como sustento para la sentencia. En el caso del documento, el documento, como medio de prueba tampoco ingresa automáticamente al juicio oral, a la actuación probatoria, esta ingresa a través de su lectura, por parte de los sujetos procesales. No que no debe hacerse a mi consideración respecto al medio de prueba documental, es argumentar sin resaltar el contenido del documento. Lo que debe efectuar el litigante, fiscal o abogado defensor, es resaltar el contenido del documento, más no realizar argumentos que no se encuentran en el contenido del documento, hacerlo genera que la contraparte pueda objetar.

El documento no suda, el documento no se pone nervioso, el documento es frío y como tal, se debe mencionar su contenido y resaltar que acredita dicho contenido del documento con respecto a la proposición fáctica que se presenta al juzgador. En ese sentido, el documento es trascendental conjuntamente con otros medios de prueba, para acreditar las proposiciones fácticas. Es el Fiscal, el que tiene el deber de la carga de la prueba, es el Fiscal, quien debe acreditar con medios de prueba, personal, documental, material, la imputación concreta formulada con la acusación fiscal, en una alta probabilidad. La defensa en el nuevo modelo procesal penal, no tiene nada que probar. La defensa en el nuevo modelo procesal penal, no busca la verdad, lo que busca la defensa, es la duda o insuficiencia probatoria. Por lo que se precisa, que la actuación del medio de prueba documental, ejemplo. Acta, una transcripción de audio, etc, no se da en etapa inicial de investigación o etapa intermedia, su actuación se da en la etapa de juicio oral. Y su actuación debe tener relación con el hecho materia de probanza.

El documento en esta etapa de actuación probatoria, puede ingresar como documento o puede ser ingresado a través de un órgano de prueba personal (testigo- perito). En ese sentido, existen dos formas cómo puede ingresar un documento para probar una proposición fáctica: el primer supuesto está referido a que el ingreso del documento pueda darse a través de un medio de prueba personal; es decir, a través del testigo o a través del perito¹; la

¹ En el interrogatorio directo, por ejemplo, se le puede consultar al testigo o al perito sobre el docu-

otra forma cómo ingresa el documento para probar proposiciones prácticas está referido a través de la lectura del documento. Por lo que conforme al artículo 383 del Código Procesal Penal, al momento de la oralización, se debe tener presente si son documentos amplios, voluminosos, si este fuera así, se recomienda resumir la parte más importante y resaltar su utilidad. En esta etapa de actuación de medio prueba documental, se debe evitar efectuar la argumentación, pues la argumentación, tiene como etapa en el juicio oral, la etapa de alegatos de clausura.

Es así que, solo de ese modo, entonces, el medio de prueba documental va a adquirir la calidad de prueba y servirá como sustento para la expedición de la sentencia.

Este vendría a ser el ciclo regular de la prueba, en este caso, enfocado por ejemplo en el delito de violación sexual desarrollado. El primer momento es la búsqueda y obtención y está siempre debe efectuarse bajo los parámetros del principio de legalidad, un segundo momento, viene a ser el ofrecimiento —del mismo modo— ante el juez de investigación preparatoria, en la etapa intermedia, un cuarto momento es su admisión, donde debe controlarse muy rigurosamente que es lo que se va admitir para su actuación en juicio oral² y el quinto momento del ciclo de pruebas viene a ser el tema de la valoración.

mento admitido. Se puede precisar preguntas referidas —primero— a su existencia, bajo la premisa de solicitar los documentos elaborados por su persona o el porqué de algunos detalles presentes en el documento tratado. Así, es que puede ingresar bajo el interrogatorio directo el documento.

² Recordar que el juicio oral tiene sus etapas y, para el caso, se refiere concretamente a la etapa de actuación documental.

Teoría de la Impugnación: Recursos de apelación y casación*

Jimmy Arbulú Martínez**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Medio impugnatorios / 1.1. Naturaleza Jurídica / 1.2. Doctrina / 2. Los recursos de impugnación en la historia procesal / 3. Clases de errores o vicios / 4. Admisibilidad e improcedencia

1. Medios impugnatorios

Los medios impugnatorios son actos procesales, que va a emplear una parte que se estima afectada o agraviada por la decisión de un órgano jurisdiccional, sea por un juez de primera instancia o un tribunal –órgano colegiado–, de tal manera que pueda acudir al mismo; es por ello que la dirección de los medios impugnatorios pueden ser ante el mismo juez que emitió la decisión que lo afecta como también ir al superior en grado, de forma que su pretensión se revoque o anule los actos que le afectan.

Por otro lado, respecto a la naturaleza jurídica de los medios de impugnación, Fairén Guillén –citando al jurista alemán Konrad Hellwig– estableció un postulado respecto a cuál era la naturaleza jurídica de la impugnación, que, en este caso, podría ser una acción impugnatoria independiente. Así, para Hellwig se trataba de un medio independiente con la finalidad de obtener la validación de un estado jurídico procesal y de ahí tal acción tiene esa calificación de impugnatoria. De esta manera, la finalidad de un medio

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral en el Nuevo Código Procesal Penal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 28 de enero de 2023.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster por la misma casa de Estudios. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, por la misma casa de estudios. Juez Superior de la Corte de Lima . Docente de la UNMSM. Autor de diversos artículos y libros en la materia.

impugnatorio, sea la naturaleza jurídica que señala la doctrina, es buscar la modificación de una resolución que agravia una parte.

1.1. Naturaleza Jurídica

Sobre este punto, Calamandrei sostiene que la acción impugnatoria hace alusión a lo que es la cosa juzgada, que permite la extensión de la impugnación como una manifestación de la acción; entre otras razones, por lo fundamental de que todavía no existe una situación jurídica firme. Así, entendemos que el derecho de acción es generar la búsqueda de tutela planteando una pretensión hacia un órgano jurisdiccional. Pues, la fiscalía cuando se dirige a un órgano jurisdiccional va con una pretensión acusatoria con el fin de lograr la condena de una persona que considera culpable.

En este caso, la precisión que hace Calamandrei es que esta acción impugnatoria pervive mientras que la situación jurídica que desea variar, modificar o anular de pronto no tiene la calidad de firme, es decir, la calidad de cosa juzgada.

Igualmente, se ha considerado en la doctrina, con exponentes como Ugo Rocco, que estas posibilidades que tiene la parte afectada de impugnar o cuestionar una resolución o decisión judicial es a lo que llaman derecho procesal de acción, este doctrinario decía que la acción desarrollada por la pretensión tiene su alcance no solamente en una primera instancia sino a la segunda, ,tercera si existiera la casación, y aún incluso en la ejecución de la sentencia y que su fuerza solamente queda neutralizada por la cosa juzgada, ya decíamos el anterior postura de Calamandrei que la cosa juzgada es el límite sobre el cual no puede traspasar la acción impugnatoria, es decir, la apelación o la casación.

Evidentemente hay excepciones a la cosa juzgada y esto se trata a través del recurso de revisión, que entra en nuestro sistema de recurso en el caso del Código Procesal del 2004 se ha previsto una excepción a la cosa juzgada que es el recurso de revisión, pero general hay que entender que en la doctrina el límite de la acción impugnatoria, del cuestionamiento de una decisión judicial es la cosa juzgada o la firmeza de una decisión.

De ahí que en la doctrina se ha considerado que la acción impugnatoria es la continuidad de la fuerza primitiva de la acción y de su desarrollo en la pretensión, las cuales no se agotan con la resolución gravosa, es decir, sí tenemos una decisión que afecta a una persona que tiene una pretensión que es la manifestación de una acción, esta resolución que lo agravia no va a ser un límite para que continúe con esta fuerza primitiva de la acción.

Calamandrei menciona que estos recursos aparecen con el objetivo de evitar la posibilidad que el error de un juez o tribunal ocasione una resolución injusta y que afecte a alguna de las partes.

1.2. Doctrina

El uruguayo Eduardo Couture respecto al porqué se les denomina recursos impugnatorios, señala que “recurso” implica regreso al punto de partida; en sus palabras: “es un recorrer, correr de nuevo, el camino ya hecho”. Es decir, cuando uno presenta una demanda y termina en una sentencia que declara infundada su pretensión, en la lógica de Couture, cuando presentan una impugnación de la sentencia lo que está haciendo es recorrer de nuevo el camino que ha hecho, porque está buscando que su acción y pretensión original en la segunda instancia sea aceptada por el tribunal; entonces, jurídicamente decía Couture que, esta palabra denota tanto recorrido en forma que el medio de impugnación haga un nuevo recorrido de proceso pero ya en otra instancia.

Por su parte, el profesor Carlos Enrique Sada Contreras menciona que el recurso de impugnación es un medio de defensa que el legislador otorga a los litigantes, para ser usado en contra de resoluciones que lesionen sus intereses. Esto es la idea central de la finalidad de un recurso de impugnatorio, buscar el cambio de una decisión primigenia de un órgano jurisdiccional, de ahí que cuando un litigante recibe una resolución que es contrario a sus intereses, la impugnación es un medio de defensa para defenderse de esa resolución que consideran que lo agrava.

En la doctrina italiana, desde Carnelutti y Calamandrei, la cuestión impugnativa de alguna manera se relaciona con el modo de fiscalizar o controlar el decisorio judicial. Asimismo, esta doctrina respecto al recurso de apelación menciona qué estructura una relación procesal, entre la parte apelante que se considera afectada y el juez que dictó la resolución, que va dirigido contra en la decisión que adoptó el juez por eso que se considera que se estructura una nueva relación.

Asimismo, Chioventa considera que la apelación no es la reclamación contra el juez inferior, sino simplemente el medio de pasar el examen del pleito a una instancia superior. El pleito en ese doble examen conserva su unidad y la sentencia es única y es la que se ha dictado en la apelación. Si bien el juez ha adoptado una decisión en contra de alguna de las partes, el efecto es que favorece a la otra parte, por eso que la idea de Chioventa de llevar el recurso de apelación que permite llevar la controversia original entre las partes de la relación procesal en otro proceso, lo lleva a otro nivel.

2. Los recursos de impugnación en la historia procesal

El recurso de impugnación en la historia procesal encuentra sustento en uno de los principios judiciales establecidos por la Revolución Francesa que fue denominado principio de doble grado de jurisdicción, es decir que los pleitos, los litigios, las controversias, normalmente pueden pasar por el conocimiento de dos tribunales sucesivamente, este es el sustento ideológico del recurso impugnatorio.

La idea central en la Revolución Francesa fue el limitar, cambiar un Estado arbitrario-totalitario, expresado en un régimen monárquico; de ahí que el Estado moderno se construye en base a estos planteamientos que nacen en la Revolución Francesa: la denominada teoría de la separación de poderes, dónde se busca desconcentrar el régimen monárquico para establecer los poderes modernos, cómo el Poder Judicial, Ejecutivo y Legislativo. Básicamente, la idea estriba en romper con la arbitrariedad en una concentración de decisiones, donde no había la posibilidad de reclamar.

Este doble grado históricamente se ha regulado de dos maneras, una primera forma de reglamentar el recurso impugnatorio es equiparando el primer juicio con el segundo, es decir, el recurso de apelación una vez llevado a segunda instancia ambos pleitos se equiparán. Sin embargo, hay otros sistemas que limitan el segundo grado disponiendo que deba estimarse el hecho tal cual fue establecido por el primer juez.

El sistema francés e italiano en sus orígenes respondieron al primer criterio, es decir, equiparar el pleito de primera instancia con el de segunda instancia que habría sido trasladado vía un recurso impugnatorio, en el caso peruano respondemos al modelo donde se limita el pleito en segunda instancia. En el caso nacional, el juez de segunda instancia no puede dar un sentido contrario a la valoración de una prueba testimonial que ha sido hecha por el juez de primera instancia, la Sala superior no puede cambiar el sentido de esta prueba, de ahí que el sistema peruano recoge el segundo modelo el impugnativo que de alguna forma es limitado.

3. Clases de errores o vicios

La doctrina ha distinguido desde mucho antes del denominado error in iudicando, que está referido al mérito de la decisión. El procesalista argentino Vasquez Rossi nos recuerda que se ha separado el error in iudicando en dos partes, una referente a la ponderación de los hechos, es decir a su valoración y la otra concerniente a la aplicación del derecho, errores de hecho y errores de derecho.

La admisión del recurso impugnatorio de forma general lo decide el tribunal de origen, es decir, el órgano jurisdiccional que ha adoptado la decisión que está siendo cuestionada por el impugnante. Es el tribunal originario o el juez originario quien tiene la facultad de denegar el recurso impugnatorio si no cumple con los requisitos para su interposición, es decir, los filtros. Cuando se admite un recurso impugnatorio este se eleva a un tribunal superior, también el tribunal superior permite que se revise si la impugnación ha sido correctamente admitida.

4. Admisibilidad e improcedencia

La inadmisibilidad va dirigida a advertir el cumplimiento de requisitos que eventualmente podrían ser subsanados; por ejemplo, la falta de firma de abogado, la presentación de poderes, la ausencia de aranceles o tasas, etc. La improcedencia ya versa sobre requisitos vinculados a la legitimidad o el plazo, sobre este tema ha habido muchas controversias por la pandemia del COVID-19 produciendo problemas en los cálculos de los plazos.

Presentar los recursos fuera de plazo definitivamente podría generar que sea declarado improcedente, así vaya a una vía de queja; si la sala superior considera que el juez denegó correctamente por extemporáneo, confirmaría la misma, obteniendo la calidad de cosa juzgada.

Importancia de la teoría del caso*

Leonardo Moreno Holman**
Universidad Diego Portales

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La teoría del caso / 3. La doctrina peruana y la teoría del caso / 4. Importancia de la teoría del caso / 5. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

En el presente artículo brevemente abordaremos la teoría del caso y su estructura, y además intentaremos resaltar su utilidad como herramienta estratégica y de planificación en el contexto de la litigación en procesos penales acusatorios adversariales y demás procesos en que la adversarialidad tenga un rol relevante. Asimismo, trataremos de dar argumentos y razones que nos permitan comprender la relevancia de que un litigante en cada caso en que intervenga tenga una teoría del caso.

Adicionalmente nos referiremos a algunos cuestionamientos que esta institución ha generado en alguna parte menor de la doctrina peruana y mexicana, pese a que su aceptación como institución relevante para el litigio oral es pacífica por regla general.

2. La teoría del caso

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Procesal Penal y Teoría de la Prueba en el NCPP-Curso Especializado en Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 31 de marzo al 01 de abril del 2023.

** Abogado de la Universidad Diego Portales, magíster en litigación oral y métodos alternativos de resolución de conflictos por la Universidad Interamericana de Puerto Rico, especialista en derecho procesal penal, negociación y litigación oral en la Universidad Diego Portales de Chile, The University of the Pacific, Mc George School of Law, Sacramento; the California Western School of Law, de San Diego, California & del National Institute for Trial Advocacy, en la Nueva York, EE. UU. Director del Departamento de Derecho Procesal de la facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado de Chile.

Una primera cuestión, es que nos encontramos frente a la necesidad de resolver un conflicto penal donde es necesario, por parte del adjudicador, gestionar diversos intereses en juego, como los de la sociedad representados fundamentalmente por el Ministerio Público, los de la víctima que pueden ser expresados a través de otra representación jurídica distinta a la del Ministerio Público, como ocurre con los querellantes o abogados de las víctimas y, asimismo, los del imputado representados por su defensa técnica sea pública o privada. Lo cual se traduce, en los hechos, en la necesidad de que cuando se enfrenta un proceso penal, el litigante tiene la obligación de tomar una posición frente al caso y los hechos o proposiciones fácticas que lo integran, es decir, se hace indispensable que determine cuál será la interpretación de los hechos del caso que sostendrá ante el tribunal.

Lo dicho no es correlativo con falsear los hechos, alterar la realidad o actuar deslealmente; sino que significa algo que resulta ser obvio. Frente a un conjunto de hechos que están presentes en un caso se requiere que el litigante los seleccione, ordene, jerarquice o interpreten en función del interés y posición que el representa, todo ello con el propósito de definir una versión sobre esos hechos que constituirá la base de todas sus actuaciones durante el proceso penal. Hechos que deberán tener la particularidad de ser jurídicamente relevantes, esto es conectarse de manera directa con las cuestiones jurídicas que el tribunal deberá resolver, y estar además en condiciones de ser justificado sea argumentativa o probatoriamente ante el tribunal. En síntesis, lo que hace el litigante es seleccionar del conjunto de información que integra un caso aquella que le permita sostener una determinada pretensión ante el tribunal. A esto habrá que agregar que, en el caso del Ministerio Público, en la elaboración de esta construcción deberá apearse estrictamente al principio de legalidad y a su deber de objetividad en la investigación.

Las posibles interpretaciones y planteamientos sobre los hechos de un caso en general serán dos, la del Ministerio Público y la de la Defensa eventualmente, pero es posible concebir la existencia de otras interpretaciones como, por ejemplo, la de víctima, la que en algunas legislaciones podría sostener también un relato alternativo al de la fiscalía, como ocurre a modo ejemplar en Chile con el querellante particular, que puede discrepar del hecho imputado por el Ministerio Público, de su calificación jurídica o de la concurrencia de ciertas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Una segunda idea, que se relaciona con la dinámica de los procesos orales, es que no solamente hay que interpretar y fijar una posición sobre los hechos, sino que también es necesario como plantea Leticia Lorenzo que se

vaya rápidamente tomando una posición respecto a cuál es el camino, el derrotero posible de una causa. Si bien cuando elaboramos la teoría del caso lo más probable es que se piense en el escenario más complejo que es el del juicio oral, es de común conocimiento que aquella es la opción que menos se presenta en el proceso penal en la realidad, es decir, la que menos lugar tiene y por lo tanto tenemos que visualizar qué otras vías existen para terminar con la causa que no sea necesariamente el escenario del juicio, cuestión que se justifica con los conceptos de plazo razonable, consideración de los intereses concretos de los directamente involucrados en el conflicto penal, y uso racional de los recursos públicos en la persecución penal.

La tercera idea, es que el desempeño del litigante se realiza en el contexto de audiencias orales que por definición es un escenario complejo, es decir, frente al juez que resuelve y a su contraparte que muchas veces sostiene un punto de vista diverso al nuestro; esto nos lleva a la idea tratándose de una audiencia preliminar o una de juicio oral, es imprescindible contar con una planificación previa, esto es con una teoría del caso, en la que hayamos definido con precisión y claridad cuáles son el o los objetivos concretos que pretendemos alcanzar u obtener en esas audiencias.

Esos objetivos serán planteados en las audiencias de manera diversa según estemos en una audiencia preliminar o en la audiencia de juicio. En las audiencias previas al juicio, como en el control de legalidad de la detención o de debate de procedencia de medidas cautelares personales, como la prisión preventiva, fundamentalmente nuestra presentación se estructurará en torno a lo que la profesora Leticia Lorenzo, denomina la "oralidad argumentativa", esto es será el abogado quien argumentará sobre su posición frente al caso, recurriendo fundamentalmente al contenido concreto de los registros investigativos contenidos en la carpeta o legajo investigativo del Fiscal, sólo de manera muy excepcional podrían concebirse hipótesis en que se produzca prueba para tales efectos.

En cambio, en el juicio oral, todas nuestras interpretaciones y planteamientos sobre los hechos tendrán que expresarse a través de la prueba. En efecto el Juicio oral, a diferencia de la etapa investigativa que es fundamentalmente preparatoria y no probatoria, es precisamente la etapa probatoria del proceso penal, y entonces los planteamientos de la teoría del caso del litigante deben expresarse a través de la producción de prueba en la audiencia de juicio que los justifique. Ya no bastan los planteamientos argumentales del defensor pues los abogados no somos prueba, si no que somos quien hace hablar la prueba ante el juzgador, dándole sentido y coherencia para probar nuestra teoría del caso. Se trata de un proceso de comunicación en que el litigante a través de la prueba trasmite al juzgador información que

el litigante conoce pero que es desconocida por el adjudicador.

En ese contexto, la comunicación tiene que ser planificada, ya que es un escenario complejo y los errores podrían llevar a que el juez decida erróneamente, sin mencionar el hecho de que estamos haciendo tal proceso frente a nuestra contraparte que probablemente tenga una interpretación y planteamiento de los hechos distinta de la que nosotros hemos presentado al tribunal, de tal modo que debemos elegir la mejor forma de comunicar, lo que implica seleccionar el mejor argumento y la mejor prueba para sostener nuestra posición.

Lo anterior expresado nos lleva naturalmente a la idea de la teoría del caso, pues toda audiencia debe prepararse, planificarse y ello significa definir determinados objetivos que pretendemos alcanzar en ella, y ejecutarlos no de una forma aleatoria o arbitraria, sino de la que nos permita generar persuasión y convicción en el tribunal. Así podemos decir que hay mejores y peores maneras de transmitir los argumentos y la prueba de nuestro caso al tribunal, y será precisamente una de las tareas de un litigante en cada caso decidir cuál es la forma más idónea de hacerlo.

Entonces, una teoría del caso no se trata de la simple hipótesis jurídica que deseamos plantear ante el tribunal (responder a la pregunta de cuál es nuestra tesis en términos abstractos, en esa línea, no es una teoría del caso, sostener que nuestra tesis es de absolución, o de robo con violencia), sino que una teoría del caso debe ser concebida como una planificación con sentido estratégico, esto es un conjunto de actividades que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión fáctica (de hechos) que sostendrá ante el tribunal, su sustento normativo y probatorio, para decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarla persuasivamente ante un tribunal, mediante argumentaciones y evidencias que la acrediten o justifiquen, para ser conocida y resuelta en un hipotético o real juicio oral, o con el propósito de obtener las consecuencias jurídicas que se correspondan con ella en una audiencia de la etapa investigativa.

Ante ello, es obligatorio al litigante tomar las cosas en serio, pues la teoría del caso no es una mera hipótesis, expresión o simple acumulación de información, ya que nadie pretendería, a modo ejemplar, que un fiscal, el cual ha recolectado durante meses un cúmulo de antecedentes investigativos necesariamente tenga que transformar toda aquella información en pruebas en juicio, lo que se espera de él es que lleve al juicio la prueba que sustente la tesis jurídica que ha definido y que se representa en el relato que ha presentado en su acusación y en su alegato de apertura, y el contenido material de esos actos procesales estará definido por su teoría del caso.

Otra idea importante, que se vincula con todo lo dicho con anterioridad, es que los abogados, como dice el profesor Valenzuela Cori, legítima y éticamente intervienen la realidad, esto porque no es cierto, que en una audiencia o juicio se reproduzca ante el juez, íntegramente aquello que ocurrió en el pasado, pues dependiendo del tema en discusión se elegirán los hechos jurídicamente relevantes o hechos principales, al decir de Taruffo, que se tienen que reproducir en dicha audiencia o juicio oral. Esto se traduce en que el litigante debe preparar y planificar sus intervenciones, y para ello resulta ineludible la tarea de seleccionar información útil, necesaria, pertinente, relevante y lícita para el debate específico que se va a enfrentar y, además, ese cúmulo de información se tiene que sistematizar y ordenar en torno al objetivo específico de la audiencia en la que se intervendrá, por ejemplo, a propósito del juicio oral, en los elementos constitutivos del tipo penal, las circunstancias modificatorias o circunstancias eximentes de responsabilidad penal, como también las motivaciones de las conductas desplegadas; o en una audiencia de debate de legalidad de la detención en torvo a las exigencias del denominado estatuto legal de la detención, esto es plazo, hipótesis legal habilitante, lectura de derechos, trato al detenido, entre otros.

Por último, en línea con lo expuesto, resulta importante jerarquizar la información ya que llegará el momento en que tengamos que transmitirla al juzgador, para que este tome una decisión correcta a nuestro favor. Para ello es menester que la información le llegue de manera ordenada y prístina, sea argumentativamente en una audiencia preliminar o con nuestra prueba en el juicio.

En definitiva, incluso los más racionalistas reconocen que una historia judicial, es decir, aquello que queda representado en una sentencia, tiene que ser verdadera en el sentido de que esté debidamente justificada en el estándar fijado por el legislador, y que además de ser una historia verdadera, puede ser una buena historia, esto es, consistente, lógica, coherente y persuasiva, tarea que sin duda corresponde al litigante cumplir en la presentación de su teoría del caso ante el tribunal.

La idea que está detrás de lo expresado, es algo evidente desde el punto de vista lógico, no existen las historias neutras en el contexto judicial, siempre ellas representan un punto de vista o una interpretación particular de los hechos de un caso y ellos es legítimo, pues será precisamente el tribunal el que a partir de la carga de la prueba y el estándar de convicción, el que determinara finalmente a través de su pronunciamiento en la sentencia cual de esas versiones o teoría del caso se ha impuesto sobre la otra. Una teoría del caso, como hemos visto, tiene que hacerse cargo de diversos as-

pectos y por eso ante la crítica de quienes sostienen que la teoría del caso es sólo un relato de hechos centrado únicamente en que sea persuasivo y que por tanto primarían cuestiones no jurídicas, como el desplante meramente verbal o emotivo de litigante, señalamos firmemente que esa crítica no es sino la manifestación de un prejuicio y que no tiene una base que la sustente. Hemos hecho hincapié en que la teoría del caso no es solo una versión sobre los hechos, sino que una completa planificación que debe comprender los aspectos, fácticos, jurídicos, probatorios y de presentación eficaz de un caso en particular con miras a obtener un pronunciamiento favorable al interés y posición del litigante.

La planificación, estratégica, que constituye la construcción de una teoría del caso debe considerar: en primer lugar, el hacerse cargo e identificar y precisar correctamente las cuestiones de hecho o fácticas implicadas en el caso, ya que el tribunal conoce las leyes, mas no los hechos del caso y la tarea prioritaria del litigante es transmitir al tribunal la información fáctica que integra el caso, la que además como se dijo puede variar en función del debate específico que se esté abordando frente al juzgador. La tarea de identificar los hechos relevantes, clasificarlos, ordenarlos y jerarquizarlos es esencial cuando ellos serán presentados en una audiencia oral breve y concentrada y en presencia del juez y el legítimo contradictor.

En segundo lugar, esta versión de los hechos o tesis del litigante debe necesariamente ser subsumida en las reglas jurídicas aplicables a ese caso en particular, se trata de la identificación por el litigante del discurso técnico. Los hechos principales del caso deben tener una representación normativa, y por ende deben ser posibles de ser subsumidos en las reglas jurídicas procesales, constitucionales y fundamentalmente del derecho penal sustantivo aplicables al caso. Se trata en definitiva este segundo paso de la planificación constituida por la teoría del caso de la identificación y definición concreta y específica de la teoría jurídica que se sostendrá ante el tribunal.

Lo señalado es suficiente para descartar aquellas críticas que señalan que la teoría del caso no considera la relevancia del derecho penal sustantivo. Es evidente que los hechos significativos a acreditar en un caso son los hechos jurídicamente relevantes, pues su justificación es la que permitirá demandar del tribunal la aplicación de las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

En tercer lugar, en particular pensando en la lógica de un juicio oral, el litigante debe ser capaz de identificar, cual será el objeto de la prueba a producir en juicio oral, o el objeto específico de los debates a plantear en las audiencias preliminares.

Eso significa identificar con detalle cuales serán las denominadas proposiciones fácticas que se sustentarán argumentativa o probatoriamente ante el tribunal.

Por proposiciones fácticas nos referimos a aquellas afirmaciones de hecho posibles de ser reproducidas en un juicio oral a través de una evidencia y que, reproduciendo una porción de nuestro relato, satisfacen un elemento de la teoría jurídica. Se trata, en definitiva, de acreditar los presupuestos fácticos que suponen la aplicación o no de las reglas legales referidas al caso en particular.

En cuarto lugar, una vez definido el objeto de la prueba de manera específica, el litigante deber abordar una cuarta tarea cual es, la de determinar la evidencia que utilizará para acreditar cada una de las proposiciones fácticas que ha identificado en el caso. Si se trata de una audiencia preliminar deberá identificar que antecedentes de la investigación en particular y con mención de su contenido específico le ayudarán a persuadir al tribunal de la justicia y legalidad de su posición. Aquí es indispensable el trabajo de investigación y selección de la evidencia pertinente y relevante por parte de los litigantes.

En quinto lugar, los litigantes deben identificar cual será la posible teoría del caso que sostendrá su contraparte. En esta tarea la defensa siempre tiene mayores ventajas, pues el procedimiento penal acusatorio adversarial impone al Ministerio Público ciertas obligaciones que garantizan el derecho a una defensa efectiva e informada, como ocurre con el trámite obligatorio de formalización de la investigación, la presentación formal del escrito de acusación, en que la pretensión punitiva de la fiscalía queda manifestada de manera explícita, y también por la obligación de descubrimiento total de los antecedentes de la investigación, ante de pasar a la etapa de juicio.

En el caso del Ministerio Público esta identificación de la posible teoría del caso de la defensa será más compleja, pues tendrá básicamente que desprenderla de los planteamientos que haga la defensa en los debates de las audiencias preliminares, como por ejemplo a la discusión de medidas cautelares personales o de sus ofrecimientos de prueba manifestados en la audiencia preparatoria de juicio oral, o incluso en el mismo juicio oral a partir del contenido del alegato de apertura de la defensa.

El punto es que, dada la dinámica adversarial de las audiencias orales, es indispensable, que junto con definir cuál será nuestra estrategia por desplegar en las distintas audiencias del proceso penal, el litigante trate de prever cuáles serán los posibles puntos o temas de conflicto que plantea-

rá su contraparte, para así prepararse y estar en condiciones de enfrentar argumentativa, probatoriamente, o a través del ejercicio de las técnicas de litigación dichos planteamientos ante el tribunal.

En sexto lugar y como una forma de control del trabajo efectuado hasta el momento, el litigante deberá efectuar un examen exhaustivo del trabajo ya realizado, par identificar las posibles debilidades de este, ya sea respecto de su planificación en general o defectos que pudieran presentar alguna o algunas de las evidencias que pretende utilizar en juicio. Lo anterior se hace con la finalidad de estudiar y determinar si existen posibles explicaciones o justificaciones a esas debilidades, que se darán a conocer al juzgador.

Las dos últimas etapas de la construcción o elaboración de una teoría del caso están centradas en aquellos casos que efectivamente será litigados en el contexto de un juicio oral. En efecto en tal evento, el litigante deberá analizar la evidencia que se ha ofrecido y admitido para ser actuada o producida en el juicio oral, para clasificarla y determinar así cuales serán algunas consideraciones relevantes que deberá tener a la vista al momento de su producción en juicio. Citemos sólo a modo ejemplar las exigencias que demanda para un litigante el servirse durante el juicio de prueba de carácter indiciario.

Por último y como octavo paso de la construcción, centrado específicamente en el juicio oral, es el relativo a determinar cuál es la mejor manera de presentar nuestro caso y la evidencia que los sustenta ante el tribunal, a fin de obtener una decisión favorable a nuestro interés. Nadie actúa neutralmente en los juicios, ni el fiscal pese a su respeto por el principio de legalidad y objetividad durante la investigación, ni el defensor, pues cada intervención está orientada a persuadir al tribunal y generar convicción en él de que nuestra posición es la que ha de ser acogida en el pronunciamiento final del tribunal.

El único que se puede decir que no tiene una posición, es el adjudicador, que en una posición de imparcialidad gestiona los intereses y los administra de manera tal de que le provean la información que él requiere para resolver, así se dice que el único que no cuenta con una teoría del caso es el juez.

3. La doctrina peruana y la teoría del caso

Habiendo señalado, en lo cual creemos firmemente, que, frente al escenario complejo y contradictorio de las audiencias orales de los sistemas penales acusatorios, resulta evidente la necesidad de preparar y planificar cada una de nuestras intervenciones, precisamente elaborando una teoría del caso.

Entendiendo, en consecuencia, que debe descartarse totalmente la idea de la improvisación y falta de preparación de los litigantes para enfrentar el proceso penal, resulta paradójico, que a esta altura debamos preguntarnos, por qué una parte de la doctrina peruana, e influyente en el contexto de la reforma procesal penal no considera como relevante y más bien niega la importancia de la teoría del caso, apartándose de la postura general de Latinoamérica que ha reconocido y validado no sólo doctrinalmente sino incluso jurisprudencial y legislativamente la importancia para el litigio de la teoría del caso..

Las razones, que explican lo señalado, pueden ser variadas, la primera, es curiosamente una cuestión muy común en el campo de la abogacía, el ego, debido a que los abogados tienden a tener una apreciación bastante alta de ellos mismos, con el pasar del tiempo los abogados tienden a privilegiar su experiencia práctica y conocimientos legales sobre el conocimiento del caso, con lo que se privilegia el conocimiento y experiencia propia por sobre lo que en la teoría del caso es lo más relevante, que es conocer a cabalidad el caso, mejor que la contraparte y que el tribunal.

La segunda razón, es un error de entendimiento de la lógica y utilidad de la teoría del caso, ya que, durante mucho tiempo, no sólo los litigantes, sino incluso algunos docentes la visualizaron como una herramienta de trabajo relevante para la litigación en juicio oral. Eso trajo como consecuencia un escaso uso de ésta herramienta, dado que en la práctica el menor número de causas del sistema penal llegan a esa etapa procesal pues culminan de otras formas durante la etapa investigativa.

Afortunadamente este enfoque está desapareciendo paulatinamente y se va imponiendo el visualizar la teoría del caso como un instrumento de planificación del caso que se elabora desde que se tiene conocimiento de él y, que, por tanto, está presente en todas las audiencias del proceso penal, sean éstas de carácter preliminar o en la audiencia de juicio oral. La diferencia básica es, que esa teoría del caso seleccionada durante la etapa investigativa o previa al juicio puede tener un carácter provisional, representar una hipótesis de trabajo que puede mutar a una tesis definitiva al acercarse el cierre de la investigación.

Una tercera explicación, guarda relación con la defensa, es la falta de cultura investigativa, que básicamente se ampara en la lógica de una defensa pasiva o negativa, esto es, en una tesis de defensa que no propone al tribunal una versión sobre los hechos distinta a la propuesta por el Ministerio Público, y que se expresa en ampararse en la presunción de inocencia que beneficia al imputado y que la carga de la prueba en el proceso penal recae sobre la persecución penal.

Esta concepción del derecho a defensa, la transforma en los hechos en algo poco relevante y significativa, se manifestaría básicamente en algún control sobre la actividad probatoria del Ministerio Público en el juicio oral.

Hoy en día el derecho a defensa se concibe, como un derecho a defensa informada y efectiva, esto es que tiene un rol relevante en la representación y defensa de los derechos del imputado, y que en términos de la teoría del caso se manifiesta en la idea de privilegiar la generación de estrategias de defensa positivas o activas, esto es, que propongan de ser posible un relato alternativo al de la persecución y lo justifiquen argumentativa y probatoriamente ante el tribunal, como ocurriría al invocar la existencia de una coartada o de una eximente de responsabilidad penal, que en el evento de elegir una tesis de simple refutación de la teoría imputativa de la fiscalía, entienda que no solo con el ejercicio de las técnicas de litigación se controla la información del fiscal, sino que también se hace con la presentación y producción de prueba propia de refutación, lo que supone necesariamente la obligatoriedad de efectuar una investigación propia.

Una cuarta justificación, es que en los litigantes existe una falta de visión integral de lo que es un caso penal, ya que una buena teoría del caso se hace cargo de la mayor cantidad posible de hechos del caso, en contraposición de la actitud común del abogado que se atrinchera exclusivamente en los hechos que le son favorable, ya que la teoría del caso debe comprender en su diseño incluso los hechos desfavorables o neutros para la tesis a sostener por el litigante.

La razón de la necesidad de hacerse cargo tanto de los hechos positivos como de los neutros e incluso los negativos para la postura del litigante, es porque esa será la realidad que enfrentará ante el tribunal en el debate adversarial y si éste percibe que omitimos información que tiene importancia para la decisión del caso y que además no tenemos justificaciones para explicarla, ello probablemente nos perjudicará.

Como una quinta razón, el litigante debe enfrentar el problema de no distinguir con claridad entre el lenguaje cotidiano y el lenguaje judicial. En general, nosotros nos desenvolvemos en el mundo del lenguaje cotidiano que se expresa en la idea de hablar rápido, esto es, en juicios, categorías y opiniones. Esta forma de comunicación nos es útil y eficaz para desenvolvernos cotidianamente.

En cambio, en el mundo judicial, el lenguaje con el que debemos desenvolvernos ante el tribunal y que nuestra prueba debe expresar ante él, es eminentemente fáctico, es decir, expresado en hechos desprovistos de opiniones y conclusiones, se trata entonces de hablar despacio, de una manera

en que se desagregue la información en hechos lo más puros y simples posibles.

Desagregar la información, por ser algo contra intuitivo, es algo complejo para los abogados y más aún cuando nos enfrentamos a una audiencia de juicio porque tenemos que lograr esa desagregación de información de nuestra prueba, los testigos, la víctima y/o el acusado si declara.

Ante ese conjunto de razones es que entendemos por qué ha costado tanto en Latinoamérica, pese a que los sistemas de reforma al proceso penal empezaron hace más de treinta años, consolidar esta idea de la litigación oral, adversarial y por supuesto, detrás de todo esto, la importancia y la necesidad de contar con una teoría del caso.

4. Importancia de la teoría del caso

- Constituye un instrumento de planificación y de organización de la información de un caso. No basta que el litigante se imponga de la información del caso que va a litigar, sino que es indispensable trabajar esa información fáctica, interviniéndola legítimamente, por ejemplo, clasificándola, seleccionándola, ordenándola, y jerarquizándola.
- Permite identificar de ese conjunto de información cuál es necesaria, pertinente y útil de acuerdo con los distintos debates jurídicos que tengamos que enfrentar en las distintas audiencias del proceso penal. En efecto cada debate que pueda presentarse en el proceso penal requiere que el litigante selecciones de manera específica los hechos que contribuirán a la decisión del tribunal, como también el instrumental jurídico aplicable a ese debate.
- La teoría del caso como instrumento de planificación y organización de las actividades a desplegar por el litigante en el proceso acusatorio adversarial, se opone a la decisión de enfrentar las audiencias basado exclusiva o fundamentalmente en la improvisación. Está última actitud es poco profesional y sería, particularmente pues se están representado los derechos de otro, que será quien sufrirá las consecuencias de una actuación profesional desprolija e improvisada. Los jueces son quienes más reprochan esta actitud de un litigante pues dilata innecesariamente las audiencias y no permite que el tribunal se focalice en los efectivamente controvertido en su conocimiento de la prueba.
- La teoría del caso nos obliga a proyectar racionalmente cada caso en el que intervenimos, es decir, determinar a priori cuál es el camino procesal más razonable para tramitar o terminar dicha causa y así generar,

por ejemplo, criterios de negociación para ir a una salida alternativa, una suspensión condicional de la prueba, buscar un sobreseimiento, la aplicación de un procedimiento especial, un término anticipado, un procedimiento abreviado, o eventualmente justificar que la decisión más razonable para ese caso en particular es visualizar que su tramitación natural es la que representa el juicio oral, etcétera.

Esto requiere que tomemos decisiones tempranamente en el proceso, con lo que se hace indispensable contar con una teoría del caso ya en la etapa investigativa y no esperar el escenario del juicio oral. En el caso de los fiscales los orienta en su actividad investigativa, lo que es importante para que den instrucciones precisas a la policía; mientras que en la posición de la defensa los orienta para determinar si su tesis va a ser de refutación de la del MP o si existe información que permite sostener un relato alternativo al de la persecución penal.

- Orienta y define los debates sobre la prueba de un caso, pues no solo se trata de investigar y recoger información que se va a traducir en una fuente de información, que luego se puede transformar en un medio de prueba en juicio, sino que hay que determinar qué se ofrecerá en concreto de lo recolectado como prueba.
- Orientará al litigante en otras dos temáticas relevantes vinculadas con la prueba, por una parte, indicará al litigante respecto de que hechos del caso, particularmente por no ser controvertidos, podrían celebrarse acuerdos o convenciones probatorias que liberarán a esos hechos acordados por los litigantes de la necesidad de que a su respecto se rinda prueba en juicio; y en segundo lugar, orientara a los litigantes para determinar si es posible plantear en la audiencia preparatoria o de control de la acusación alguna hipótesis de exclusión probatoria, y en especial a la defensa de si es posible plantear una exclusión por ilicitud de alguna o algunas evidencias ofrecidas por la acusación.
- Se constituye la teoría del caso en un criterio de trabajo que nos permite tener una proyección razonable y fundada del posible éxito o fracaso de un caso en un eventual juicio oral.
- Orienta sobre el cómo y en qué oportunidad deben utilizarse las técnicas de litigación oral y con qué objetivos, porque estas técnicas son neutras en la medida en que sólo nos dicen cómo hacer correctamente algo, pero ninguna de ellas opera eficazmente hacia una teoría del caso, pues por su carácter neutro no establecen objetivos a obtener con su utilización. Así en la ejecución de un examen directo no basta con saber preguntar correctamente, porque lo importante es saber qué

preguntar y qué información debo buscar utilizando correctamente la técnica.

- Orienta al litigante sobre la organización de la presentación de la prueba en el juicio oral, pues habiendo ya sido admitida la prueba nos encontramos en la situación de tener un cúmulo de información que será transmitida a través de diversas pruebas para generar convicción en el tribunal. Hasta el adjudicador más racionalista necesita que los litigantes le presenten la información probatoria que sea útil para él de la manera más adecuada, persuasiva y comprensible.

En síntesis, la teoría del caso es indispensable, se construye desde que se toma el caso, toda audiencia, sea preliminar o el juicio oral, necesita de esta teoría porque nos provee de los objetivos a alcanzar en cada una de las audiencias que vamos a intervenir.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1 ¿Qué elementos en la formulación de la teoría del caso darían mayor credibilidad sobre los hechos?

Siempre se debe tener en cuenta que toda fuente de información, la cual al final se convertirá en una prueba, va a ser sujeta a una doble evaluación por el juzgador en su sentencia.

Un ejemplo simple sería el de un testigo, lo que interesa es que aquel en juicio se refiera a los hechos jurídicamente relevantes de nuestra teoría del caso, es decir, aquellos hechos que reproducen una porción de nuestra versión de los hechos, pero que dan cuenta de algún elemento de la teoría jurídica; sin embargo, eso es insuficiente porque el testigo y/o sus dichos podrían no ser creíbles. Entonces la idea es que hay que demostrar al tribunal, en primer lugar, que el testigo que está frente a él es confiable, es alguien digno de ser escuchado, y, en segundo lugar, transmitirle los hechos que el testigo conoce, pero entregando al juzgador la información justificativa de los mismos, esto es, explicitando las razones de porque conocen de esos hechos. (si se declara haber sido testigo de un asesinato, entonces el testigo ha de decir por qué se encontraba en ese lugar, cómo pudo ver lo que dice haber visto, cuáles fueron las condiciones le permitieron ver, el nivel de detalles que nos puede entregar del suceso, etc.). Es decir, no basta con la afirmación del testigo, sino que hay elementos que van a servir para valorar la confiabilidad de ese testimonio, así que no podemos decir que hay un o unos factores, sino que es más bien un conjunto de factores dependiendo de la situación, lo que ha de quedar claro es que hay que demostrar que la persona es confiable y que su testimonio es creíble.

5.2 ¿Se considera que la persuasión configura un elemento importante para construir la teoría del caso?

La persuasión tiene presencia en dos momentos que son muy relevantes en la teoría del caso, que son cuando esta se explícita, pues un tema es la planificación y otro aquel en que esa teoría tiene que explicitarse frente al tribunal. Un primer momento en el que hay que actuar persuasivamente, es en las audiencias preliminares, en que, mediante la oralidad argumentativa, deberemos identificar que mensaje o información queremos transmitir al juez, seleccionando para ello los argumentos a utilizar, ordenándolos y jerarquizándolos de tal modo que sean presentados de una manera lógica, completa y consistente para el tribunal. En el caso concreto de los defensores, ellos deben focalizar el debate ante el tribunal, en las cuestiones jurídicamente relevantes, pues el MP siempre dispone de más información que la defensa para entregar al tribunal, que proviene de su carpeta o legajo investigativo.

El segundo momento en que la persuasión o presentación efectiva de nuestra teoría del caso juega un rol preponderante, es durante el desarrollo del juicio oral, pues en él todas las afirmaciones de hechos o proposiciones fácticas que integran nuestra teoría del caso, debe ser acreditadas probatoriamente ante el tribunal, y para ello el litigante debe determinar de que manera en concreto presentará esa información a través de las distintas pruebas que producirá ante el tribunal, y cómo finalmente explicará y justificará ante el adjudicador argumentativamente, en su alegato de clausura como su teoría del caso ha sido probada.

Fundamentos de la criminalística y su aporte en la investigación criminal*

Mario Cesar Medrano Montoya**
Universidad Alas Peruanas

SUMARIO: 1. Introducción / 2. ¿Qué es delito? / 3. Concepto investigación criminal / 4. Dirección y Objetivo de la investigación del delito / 5. Bases legales Comparadas / 6. Definición de criminalística / 7. Principios de la criminalística / 8. Lugar del hecho o escena del crimen / 9. ¿Qué es Indicio, evidencia y prueba? / 10. Criminalística de Campo y Laboratorio / 11. Conclusiones.

RESUMEN:

El objetivo del presente artículo de investigación tiene como enfoque principal la descripción de la criminalística y sus principales principios que ayudan al esclarecimiento de la investigación criminal o la verdad de un hecho que se presume delito, como la investigación criminal se apoya en las ciencias de la criminalística y como la criminalística aporta desde un enfoque científico y objetivo al sistema procesal penal.

Se detalla cual es el vínculo entre investigación criminal y criminalística, partiendo desde el conocimiento de la noticia criminal, el encargado de la investigación criminal y los intervinientes designados al recojo de aquellos indicios encontrados en el lugar de los hecho o escenario del crimen.

* Escrito académico para el Curso Especializado en Criminalística y Ciencias Forenses aplicadas al derecho penal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 06 de mayo del 2023

** Abogado por la Universidad Alas Peruanas, Técnico en Criminalística de Campo y Scopometría (Instituto Superior de Seguridad Pública – Argentina), Posgrado en Escena del Crimen en la Investigación Criminal (Universidad Nacional de Lomas de Zamora – Argentina), Asesor en Criminalística, Derecho Penal, Procesal Penal en Clínica Jurídica (UNSAAC – CUSCO), Director Fundador Consultoría Jurídica & Pericial CJUP – Argentina.

Palabras claves: investigación, indicio, delito, científico, lugar del hecho, verdad, protección, intercambio, reconstrucción, objetividad, verdad.

ABSTRACT

The objective of this research article has as its main focus the description of criminology and its main principles that help to clarify the criminal investigation or the truth of a fact that is presumed to be a crime, as the criminal investigation is based on the science of crime. Criminology and how criminology contributes from a scientific and objective approach to the criminal procedure system

It will be detailed which is the link between criminal investigation and criminology, starting from the knowledge of the criminal news, the person in charge of the criminal investigation and the interveners designated to collect those indications found in the place of the facts, site of the event or place of intervention.

Keywords: investigation, evidence, crime, scientist, place of the fact, truth, protection, exchange, reconstruction, objectivity, truth.

1. Introducción

La investigación criminal a lo largo de los años ha evolucionado, inspirado en la creciente ola de los distintos tipos de delitos y aquello implica un esfuerzo para establecer la verdad de los hechos y la responsabilidad de los mismos.

Aquella investigación direccionada por el representante de Ministerio Público, se nutre de las distintas disciplinas de la criminalística e identifica la participación del autor o autores para ser sometidos a un proceso penal, donde se pueda determinar objetivamente la culpabilidad o inocencia del sujeto investigado.

Los delitos cometidos en la actualidad son un gran desafío para la justicia y la criminalística tiene una actividad importante y activa ya que otorga científicamente elementos de prueba presentes en todo el proceso penal, estudia el lugar de los hechos o escena del crimen, recaba aquellos indicios, los transporta al laboratorio científico para su análisis y a posterior introducirlo como prueba.

La criminalística como ciencia multidisciplinaria e interdisciplinaria individualiza al autor, relaciona el delito y su cronología, los medios usados para la realización de la conducta o acto criminal y sobre todo verifica mediante el apoyo de las distintas ciencias tales como la Matemática Física,

Química, Biología y la Medicina Forense, para resolver las interrogantes presentes en la investigación criminal del delito, aquellas interrogantes a definir son las siguientes: ¿Qué?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Quién, quiénes?, ¿Dónde? Sucedieron los hechos investigados.

La unificación de la investigación criminal, el derecho procesal penal y criminalística son el adecuado andamiaje y ello se convierte en el soporte fundamental durante todo el procedimiento penal ayudando al fiscal interviniente, a la defensa del investigado y sobre todo aplicando el rigor científico para que el juzgador como garante del proceso pueda determinar con criterio razonable la vinculación o no del hecho delictivo.

2. ¿Qué es el delito?

El delito es considerado como aquella conducta que realiza un ser humano y que es contraria a la ley, es importante detallar y establecer en conjunto los elementos y presupuestos del delito para ejercer sobre una persona una pena o sanción, aquellos presupuestos son: Típica, Antijurídica y Culpable.

Según Tarrío, Mario y Tarrío, Gonzales (2015) Señala las estructuras del delito.

"En la Tipicidad se describen los elementos que un hecho o comportamiento debe realizar para considerarse prohibido y, consecuentemente, típicamente adecuado. Esto es, el Código Penal, la cual contiene prescripciones referidas a normas de comportamiento, prohibiciones y mandatos que ponen límite a la libertad de los individuos".

"En la Antijuridicidad se analizan los presupuestos de la exclusión de lo ilícito, esto es, las causas de justificación, es decir, el comportamiento contrario a una norma penalmente protegida y la existencia de un permiso especial del comportamiento típico".

"En la culpabilidad se explora la posibilidad del autor de conocer la exigencia del deber y de comportarse de acuerdo a ello, esto es, la posibilidad de una decisión responsable. Son tres los requisitos de la culpabilidad, (la capacidad de culpabilidad, conocimiento de la prohibición y exigibilidad del comportamiento adecuado al derecho)".

3. Concepto de investigación criminal

La investigación criminal es entendida como el conjunto de metodologías y saberes empleados, para llegar a la verdad de un hecho relacionado que se presume delito, su función específica es la de recabar aquellos elementos o información sobre un evento criminal.

También puede entenderse a la investigación criminal a la utilización de aquellos sistemas y métodos para la captura de los sujetos implicados en acontecimiento que se presume delito, así mismo explica el fenómeno del delito, el delincuente, la víctima y el accionar del estado.

Algunos autores la definen:

3.1 Según Bosquet, Sergio (2017):

“Que la investigación criminal es el proceso tendiente a comprobar la existencia de un delito y probar la responsabilidad del autor, detalla que el investigador debe de ser observador, sagaz, minucioso, paciente, ordenado, intuitivo, discreto y perseverante y que los investigadores deben de seguir un método científico, organizado sistemático. Y que el investigador desde su inicio hasta el término del investigación debe de conocer el ilícito penal que investiga”.

3.2 Según Guzmán, Carlos (2019):

“La investigación científica del escenario del crimen está basada en el método científico, es metódico y sistemático, el empleo y conocimiento de las técnicas forenses aplicadas en el examen de la evidencia física desarrollaran patrones investigativos que finalmente resolverán un crimen”.

Refiere también respecto a la Investigación Criminal el Dr. Jesús Vergara Padilla lo siguiente:

“La investigación criminal, es una búsqueda crítica en post de la verdad, mediante el manejo de la información y el apoyo de la ciencia. Cuando hablamos del manejo de la información es porque tenemos que resolver unas interrogantes básicas como: qué, quién, cómo, cuándo dónde y porque y el apoyo de la ciencia es justamente la Criminalística tanto de campo como en laboratorio apoyando la tarea de la investigación criminal”.

3.3 Según el Artículo publicado en el “Criminal Investigation Newsletter Año 4 N 1 (2007) Prof. Dr. Fernando Cardini

“La Investigación Criminal para que sea realmente objetiva debe realizarse con métodos experimentales y positivos; en otras palabras deberá usarse el Método Científico (observar, medir e interpretar)”.

4. Dirección y objetivo de la investigación del delito

En un Sistema Acusatorio Adversarial, la dirección de la investigación está a cargo del ministerio público, teniendo al fiscal como director de la investigación del delito, en el recae la carga probatoria y promueve la acción penal pública sobre los presuntos autores de un delito.

El fiscal es el indicado para plantear la estrategia de investigación y desarrollarla conjuntamente con sus fiscales adjuntos y la Policía, diseñando las estrategias a ser aplicadas para la formación del caso y, cuando así corresponda, someterlo a la autoridad jurisdiccional formulando sus hipótesis y conclusiones.

El objetivo de la investigación del delito refiere a entender y determinar aquellos hechos que ocurrieron antes, durante y después del que fue cometido, así el investigador puede reunir suficiente evidencia para llevar al criminal hacia la justicia.

Vicente Lago Montejo (s/f). *Práctica de la Investigación Criminal: Inspección Técnica ocular-ITC*, Refiere: Sobre los objetivos de la Investigación Criminal

- Investigar los hechos consignados en denuncia o querrela.
- Determinar si se ha cometido o no un hecho punible tipificado en las normas penales.
- Identificar, con base en los análisis de resultados técnico-científicos y de las diligencias judiciales, a los responsables del hecho criminal.
- Junto con la autoridad judicial competente, propender a la captura del delincuente(s) o persona(s) comprometida(s) en el delito.
- Aportar pruebas y participar en todas las etapas del proceso penal.
- Recuperar los bienes sustraídos y ocupar aquellos en que haya una flagrante comisión de un hecho punible o como resultado del desarrollo investigativo que adelanta en compañía de la autoridad judicial competente respectiva.

5. Bases legales comparadas.

5.1 El código procesal penal federal (CPPF) Argentina, refiere:

“ARTÍCULO 90.- Funciones. El MINISTERIO PÚBLICO FISCAL tiene a su cargo la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal pública contra los autores y partícipes. Le corresponde la carga de la prueba y debe probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación. Tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones”.

“ARTÍCULO 229.- Criterio de actuación. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL dirigirá la investigación preparatoria con un criterio objetivo, procurando recoger con celeridad los elementos de cargo o de descargo que

resulten útiles para averiguar la verdad".

5.2 El código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) México, refiere:

"Artículo 127. Competencia del Ministerio Público. Compete al Ministerio Público conducir la investigación, coordinar a las Policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión".

"Artículo 130. Carga de la prueba. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal".

"Artículo 131. Obligaciones del Ministerio Público. Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones:

III. Ejercer la conducción y el mando de la investigación de los delitos, para lo cual deberá coordinar a las Policías y a los peritos durante la misma".

5.3 El Código Procesal Penal (CPP) Perú, refiere:

Artículo 60.- *Funciones*

1. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial.
2. El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

Artículo 61.- *Atribuciones y obligaciones*

1. El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación.
2. Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. Solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo.

6. Definición de criminalística

En términos básicos la criminalística es entendida como una ciencia auxiliar de las ramas del derecho, la cual mediante sus conocimientos, metodología y disciplinas establecen o determinan la comisión de un hecho presuntamente delictuoso.

Algunos autores considerados como mentores, padres modernos de la criminalística la definen de la siguiente manera:

6.1 Según Montiel, Juventino (2010) Expresa:

"La criminalística como ciencia penal auxiliar, usa sus conocimientos científicos y sus disciplinas para reconocer, comprender y evaluar aspectos técnicos que se presentan en determinados hechos y tiene como objetivo de estudio las evidencias materiales que se usan y se producen en la comisión de hechos presuntamente delictuosos"

6.2 Según Guzmán, Carlos (2019) refiere:

"La criminalística es la disciplina auxiliar del derecho penal que aplica a los conocimientos, métodos y técnicas de investigación de las ciencias naturales en el examen del material sensible significativo que se relaciona con un presunto hecho delictivo, con el fin de determinar su existencia, o bien reconstruirlo para señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos, llegando así a la verdad histórica del hecho"

6.2.1 Cita el mismo autor a Hans Gross como padre de la criminalística y la define:

"Conjunto de teorías que se refiere al esclarecimiento de los casos criminales y como la disciplina encargada a la determinación de la existencia de un hecho criminal, a la recogida de pruebas e indicios y a la identificación de los autores mediante la aplicación de métodos científicos" (GUZMÁN 2020).

"La criminalística forense se entiende que nace de la medicina forense y se trata de una ciencia fáctica multidisciplinaria que reúne conocimientos generales, sistemáticamente ordenados, verificables y experimentables. Ello estudia, explica y predice el cómo, donde, cuando, porque, quien o quienes cometieron la acción delictiva, es multidisciplinaria porque sintetiza para sus objetivos investigativos aquellos conocimientos y técnicas de otras ciencias" (BOSQUET 2017).

6.3 DEFINICIÓN PROPIA: *"La criminalística es una ciencia no vinculante e independiente del derecho penal, que mediante sus distintas disciplinas y metodologías aporta desde la objetividad a la investigación criminal y al proceso penal, resuelve científicamente las distintas interrogantes presentadas, sirve como medios de prueba durante el proceso y es valorada posteriormente por el juzgador para su*

admisibilidad a juicio"

7. Principios de la criminalística

En la criminalística se aplican diversos principios que nos ayudaran a conocer a o los responsables de un hecho que se investiga, estos métodos usados le brindan una validez científica en juicio.

Se le conoce también como los 7 principios de oro dentro de la criminalística y distintos autores la definen y consideran de suma importancia analizar un determinado suceso sea este homicida o no bajo estos principios, es menester aclarar que las posturas y las referencias conceptuales en las que se identifican los referentes de la criminalística, todos ellos llegan a una idea conclusiva de similitud conceptual.

Entre aquellos principios tenemos:

Según Montiel, Juventino (2010) determina:

7.1 El principio de uso.

Los hechos o conductas que se puedan realizar siempre se utilizan agentes vulnerantes de orden mecánico, químico, físico o biológico, de gran diversidad física y estructural.



Foto: Autoría propia



Foto: Minotauno.com



Foto: Distribución el trébol

7.2. Principio de producción

En la utilización de agentes mecánicos, químicos, físicos y biológicos, para la comisión de los hechos o conductas, siempre se producen indicios o evidencias materiales de gran variedad física, estructural y morfológica, y representan elementos identificadores y reconstructores.



Foto: es.slideshare.net



Foto: http://evirtual.uaslp.mx/FMed/912/Documentos%20compartidos/UNIDAD%203/descripcion_e_identificacion_de_lesiones.pdf

7.3. Principio de intercambio

Al consumarse el hecho o conducta y de acuerdo con las características de la mecánica de producción, se origina un intercambio de indicios del autor, la víctima y el lugar de los hechos, o en su caso del autor con el lugar de los hechos.

Se le adjudica este principio a Edmond Locard

“NO HAY HUELLA SIN CONTACTO, NI CONTACTO QUE NO DEJE HUELLA”

“Cuando un hombre comete un crimen deja algo que lleva consigo y se lleva algo que él no tenía cuando arribó a la escena del crimen”.

7.3.1 Según el Artículo extractado del libro *“Técnicas de Investigación Criminal”*. Editorial Dunken - Dr. Fernando Cardini – 3ra Edición (2005).

“SHERLOCK HOLMES hace la siguiente afirmación “Yo he investigado muchos crímenes pero nunca hasta ahora he visto uno el cual fuera cometido por una criatura que vuela. Hace mucho que los criminales tienen dos piernas, dejan huellas, producen alguna abrasión o marcas que pueden ser detectadas por algún buscador científico”.

Ya anteriormente, en otras de sus novelas Doyle, más exactamente en 1892 en el denominado “Caso de identidad”, Sherlock Holmes hacía uso del principio de intercambio al decir “Desde que yo atrapé al falsificador de monedas por las limaduras de zinc y de cobre en los puños de su camisa, ellos (refiriéndose a Scotland Yard) han comenzado a darse cuenta de la importancia del microscopio”.



Foto: Autoría propia



Foto: Autoría propia



Foto: Autoría propia



Foto: Autoría propia

Bobadilla, Pedro (2017) hace referencia a los siguientes principios:

7.4 Principio de correspondencia de características.

Los agentes dejan impreso sus características en la figura que impacta. Fenómeno de base científica que puede identificar la fuente.



Foto: es.slideshare.net



Foto: P. Martínez García

7.5 Principio de reconstrucción de los hechos o fenómenos.

El estudio e interpretación de todas las partes o parte de la evidencias pueden reconstruir el fenómeno. Esta probabilidad de la reconstrucción del fenómeno representa un grado de acercamiento a lo sucedido, pero nunca exacto.

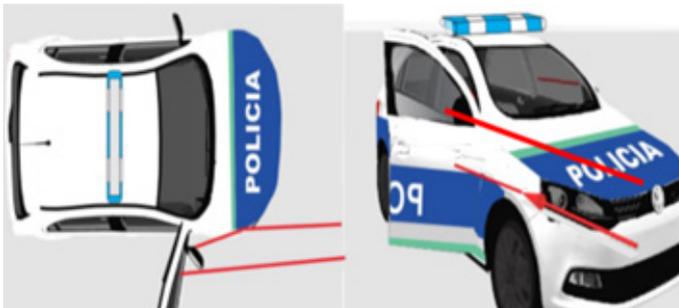


Foto: Autoría Lic. En Criminalística José Daniel Díaz



Foto: Autoría Lic. En Criminalística José Daniel Díaz



Foto: Autoría Lic. En Criminalística José Daniel Díaz.



Foto: Autoría Lic. En Criminalística José Daniel Díaz.

7.6 Principio de probabilidad.

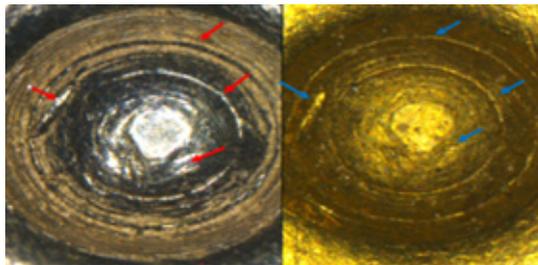
La reconstrucción de los hechos nos dará un resultado con un bajo, mediano o alto grado de probabilidad en base a las características analizables disponibles. (Bosquet 2017).

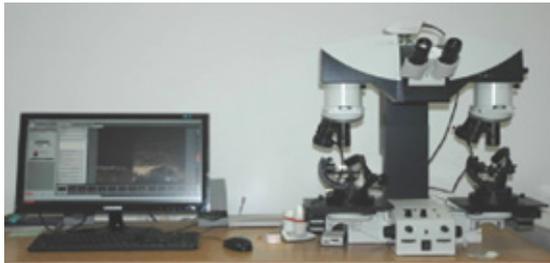
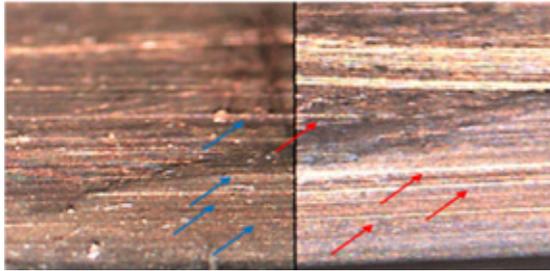


Foto: ABC color

7.7 Principio de certeza.

El conjunto de las identificaciones cualitativas, cuantitativas y comparativas de los agentes, se logra con metodología, tecnología y procedimientos que dan certeza de su existencia.





Fotos: Autoría Lic. En Criminalística José Daniel Díaz

8. Lugar del hecho o escena del crimen

Se entiende por lugar de los hechos a un espacio probable de la realización de una conducta humana que se pueda considerar como delito, es el lugar en donde se hallaran los elementos materiales que van a servir como nexo vinculante entre el sujeto activo, sujeto pasivo y el espacio donde ocurrieron los hechos.

Según Torales, Eloy (2013) hace referencia sobre el lugar del hecho:

“El lugar del hecho es el espacio físico en el que se ha producido un acontecimiento susceptible de una investigación científica criminal con el propósito de establecer su naturaleza y quiénes intervinieron, puede estar integrado por uno o varios espacios físicos interrelacionados por los actos del acontecimiento investigado y se caracteriza por la presencia de elementos, rastros y/o indicios que puedan develar las circunstancias o características de lo allí ocurrido, se tiene que considerar al lugar del hecho como potencial escena del crimen hasta que se determine lo contrario.

Refiere por escena del crimen, cuando la naturaleza, circunstancias y características permitan sospechar la comisión de un delito”.

8.1 Según Bobadilla, Pedro (2017) expresa:

"El lugar de los hechos, se define tradicionalmente como cualquier lugar donde se comete un hecho de interés criminalístico.

Y entiende por escenario del crimen al lugar donde los hechos sujetos a investigación fueron cometidos, es un espacio físico donde se produjo la acción antijurídica y desviada, lugar donde se llevó a cabo un homicidio u otro delito".

Según el Ministerio de Seguridad de Argentina (2021). Protocolo de Actuación para la Investigación Científica en el Lugar del Hecho, refiere:

"El lugar del hecho es el espacio físico en el que se produjo un acontecimiento susceptible de investigación penal, integrado por las estructuras y los objetos situados en el mismo".

9. ¿Qué es indicio, evidencia y prueba?

Un "INDICIO" es todo elemento físico, químico o biológico, etc. Encontrado en el lugar de los hechos o escena del crimen, que una vez ubicado, se procede a su levantamiento y este será transportado con su respectiva cadena de custodia al laboratorio de Criminalística para su análisis correspondiente. Después de haber sido analizado en el laboratorio criminalístico pasa a ser llamada "EVIDENCIA", la cual ya introducida y admitida por el juzgador al juicio esta será considerada un elemento probatorio "**PRUEBA**" que será dilatada por las partes en el interrogatorio o contrainterrogatorio y posteriormente será determinante para la culpabilidad o inocencia del procesado.

9.1 Según Zajaczkowski, Raúl (2012) sobre la evidencia refiere:

"Signo evidente y probable de que existe alguna cosa y a la vez es sinónimo de seña, muestra e indicación, es importante aclarar que la palabra evidencia se ha incorporado desde hace algún tiempo para el orden principalmente penal y en el orden especializado de la investigación criminalística se le conoce como evidencia física o material".

9.2 Menciona Bobadilla, Pedro (2017) sobre la Indicio, Evidencia, Prueba:

"En un sitio del suceso algún elemento que nos inspira duda con respecto a su contexto o este es susceptible de entregar información a través de una pericia, estamos en presencia de un INDICIO.

Pero cuando este indicio es periciado y otorga resultado, puede contribuir a estructurar alguna teoría de culpabilidad o destruir algún principio de inocencia, ya que estamos en presencia de una evidencia, pero jurídicamente esta evidencia

se transforma en prueba o medio de prueba, al ser presentada en los organismos judiciales".

10. Criminalística de Campo y Laboratorio.

Se entiende por Criminalística de Campo al establecimiento del hecho y lo acontecido, desde el inicio de la primera intervención del perito en criminalística, hasta el cierre de la investigación en el lugar de intervención, la criminalística de campo es de suma importancia y se tiene que dar un adecuado tratamiento para evitar la contaminación de los elementos, rastros e indicios que serán trasladados al laboratorio.

La criminalística de laboratorio es aquella que realiza un análisis científico de los elementos, rastros e indicios que fueron remitidos por el experto que trabajo en el lugar de los hechos y en esta etapa lo analizado se considera evidencia. se aplica el método científico, pero el experto que realiza los estudios en el laboratorio de acuerdo a la disciplina a analizar puede realizar distintas metodologías que considere conveniente.

10.1 Según Hernández, Andrés (s/f) señala:

"Por Criminalística de Campo, se entiende la investigación que se lleva a cabo en el propio lugar de los hechos. El escenario del crimen, como también se denomina, es una fuente invaluable de información. Por lo general, el perito en Criminalística de Campo, la Policía Judicial y el perito en materia de Fotografía Forense son los que la realizan. Serán ellos los que acudan en forma conjunta al lugar donde ocurrieron los hechos. A veces se da el caso de que tengan que ir a otro sitio relacionado con el mismo hecho".

"El autor cita a Díaz Acevedo, la Criminalística de Campo es el conjunto de conocimientos técnico científicos, ajenos a la ciencia médica, aplicados a la resolución del proceso penal y civil".

"La Criminalística de laboratorio es la que se realiza en los laboratorios de Criminalística donde se encuentran los instrumentos usados para el examen de los indicios, ya sea, en ocasiones, con fines de identificación o cuantificación. Se trata de la parte fina de la investigación que ha permitido pasar de la época de las aproximaciones a la etapa de las precisiones".

10.2 Bosquet, Sergio (2017) determina:

"Por criminalística de campo a la práctica que se realiza en el escenario, es decir que se lleva a cabo en el lugar donde se confirma el hecho, o en aquellos otros lugares, donde hubo alguna actividad delictiva con actos anteriores y posteriores y donde se localice algún indicio relacionado con el lugar del hecho, caso que requiere

de la intervención física inmediata posterior al hecho.

Y la criminalística de laboratorio, es la que se realiza en los laboratorios de Criminalística, donde se cuentan con equipos y material de mayor nivel apropiado para la investigación. Es la ciencia que confirma la naturaleza del indicio, lo identifica y establece su cantidad. Todas estas acciones van destinadas a proporcionar información que persiguen un mismo fin, demostrar la realidad del hecho, identificar al autor y su grado de implicación".

11. Conclusiones

Después de haber desarrollado distintos puntos que infieren a la Criminalística y la Investigación Criminal, podemos determinar que ambas son estrictamente necesarias para llegar a determinar de forma objetiva un hecho que puede considerado delito. Destacar la importancia de las distintas definiciones ayuda a tener un claro manejo del interviniente al lugar de los hechos o escena del crimen, desde los principios destacados y los objetivos del presente trabajo.

Es menester mencionar que el fiscal como director de la investigación tiene que conocer estas definiciones o conceptos detallados ya que ello lo llevará a tener un mejor y adecuado trabajo de investigación del delito y sobre todo un amplio esclarecimiento del manejo y tratamiento del lugar del hecho, del aporte de las ciencias de la criminalística a su investigación

Estos conocimientos ayudan y son fundamentales durante todas la etapas del proceso penal, desde la intervención de efectivo policía y el ministerio público conocida la noticia criminal con las primeras actuaciones preliminares, recabando todos los elementos que serán introducidos como medios probatorios y presentándolos para su valoración en la Etapa Intermedia, posteriormente llevadas a juicio para ayudar al juzgador a determinar culpabilidad o inocencia.

Toda mala intervención en el lugar del hecho o escena del crimen, repercute en el laboratorio de criminalística y es ahí el hilo más frágil y es por eso la importancia que destaca este trabajo ya que después de la vida el derecho más importante para un ser humano es la libertad para el investigado y para la victima la búsqueda de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobadilla, Pedro. Manual de Investigación Criminal, una perspectiva desde la evidencia. Primera edición. Editorial Valletta Ediciones 2017, pp. 37; 38.

- Bobadilla, Pedro. Op. Cit., Manual de Investigación Criminal, una perspectiva desde la evidencia. p. 51; 125.
- Bosquet, Sergio. Criminalística Forense. Primera edición. Editorial Valle-tta Ediciones, 2017, pp. 24; 25.
- Bosquet, Sergio. Op. Cit., pp. 22; 28
- Bosquet, Sergio. Op. Cit., pp. 29; 30
- Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión (2021). CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Extraído diciembre 2021 desde: file:///C:/Users/pc1/Desktop/PROCESO%20PENAL%20ACUSATORIO%20PAISES/CNPP_190221%20M%C3%89XICO.pdf
- Guzmán, Carlos. Criminalística Manual. Segunda edición. Editorial B de F, 2020, pp. 4; 5.
- Guzmán, Carlos. El examen en el escenario de crimen. Reimpreso. Editorial B de F, 2019, p. 11.
- Guzmán, Carlos. Op. Cit., p. 3.
- Hernández, Andrés (s/f). Criminalística de campo y laboratorio tipología de los lugares de los hechos. Extraído diciembre 2021 desde: https://www.academia.edu/6241296/Criminal%C3%ADstica_de_Campo_y_Laboratorio_I_TIPOLOGIA_DE_LOS_LUGARES_DE_LOS_HECHOS
- Ministerio de Seguridad de Argentina (2021). Protocolo de Actuación para la Investigación Científica en el Lugar del Hecho, pp. 6; 7. Extraído diciembre 2021 desde: <file:///C:/Users/pc1/Desktop/CRIMINAL%20C3%8DSTICA/PROTOCOLO%20ARGENTINA%202021.pdf>
- Ministerio Público Fiscal (2019). Código Procesal Penal Federal. Extraído diciembre 2021 desde: file:///C:/Users/pc1/Desktop/PROCESO%20PENAL%20ACUSATORIO%20PAISES/CPPF_SistemaAcusatorio.pdf
- Montiel, Juventino. Criminalística. 2da edición. Editorial Limusa, 2010, p. 23. Extraído diciembre 2021 desde: <file:///C:/Users/pc1/Desktop/CRIMINAL%20C3%8DSTICA/Criminal%20C3%ADstica%20Montiel%20Sosa%20Tomo%20%20II%20pdf%20Digital.pdf>
- Pasión por el Derecho (2021). Nuevo Código Procesal Penal peruano [actualizado 2021]. Extraído diciembre 2021 desde: <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal-peruano-actualizado/>

- Tarrío, Mario y Tarrío. Gonzales. Manual de Derecho Penal. Parte General. Primera edición. Editorial Catedra Jurídica, 2015, pp. 147; 148.

- Torales, Eloy. Manual de Procedimiento para la Preservación del Lugar del Hecho o Escena del Crimen. Primera edición. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación 2013, p. 17.

- Vicente Lago Montejo (s/f). Práctica de la Investigación Criminal: Inspección Técnica ocular-ITC. Extraído diciembre 2021 desde: https://www.editorialreus.es/static/pdf/9788429019841_primeras_paginas_la-practica-de-la-investigacion.pdf

- Zajaczkowski, Raúl. Manual de Criminalística. Segunda edición, editorial Dosyuna Ediciones Argentina 2012, p. 98.

Cámara Gesell: Importancia del Reconocimiento medico legal e implicancias éticas*

Jacqueline Bizet Diaz Chávez**
Universidad Señor de Sipán

Juan Antonio Seclen Flores***
Universidad Pedro Ruiz Gallo

SUMARIO: 1. La entrevista única en Cámara Gesell / 2. Reconocimiento médico legal / 2.1. Importancia del cumplimiento de las etapas previas a la intervención en cámara Gesell / 2.2. Características del Reconocimiento médico legal / 2.3. Importancia del reconocimiento médico legal en la cámara Gesell / 3. Implicancias éticas en cámara Gesell / 3.1. Fase previa/ 3.2. Desarrollo de la entrevista única / 3.3. Fase final / 4. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

El presente documento busca brindar una noción sobre la cámara Gesell en los procesos legales, así como dar a conocer que la entrevista única no es un procedimiento aislado, sino que los procesos previos como el reconocimiento médico legal, el cual ayuda a garantizar la validez y la integridad de la información obtenida durante la entrevista, tienen gran importan-

*Escrito académico para el Curso Especializado en Derecho Procesal Penal y Derecho Familiar y Curso Especializado en Psicología forense, Exámen Médico Legal y Cámara Gesell: Procedimiento y aplicación al NCPP, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 16 al 17 de junio del 2023.

**Lic. En Psicología (Universidad Señor de Sipán), Mg. Intervención en violencia contra las mujeres (Universidad Católica de Trujillo), Psicóloga (Instituto de medicina legal y ciencias forenses), Asesora de investigación (independiente), diazchavezjb@gmail.com.

***Psicólogo Forense, criminal y penitenciario (Universidad Pedro Ruiz Gallo), Maestrante (Universidad Católica de Trujillo), Docente (Universidad Católica sedes Sapientiae), Perito forense (Independiente), seclen.flores.1803@gmail.com.

cia para una interacción eficaz. Asimismo, el cuidar las implicancias éticas (confidencialidad, privacidad, autonomía de decisión) en el desarrollo de la entrevista es trascendental, puesto que, permitirá establecer un clima de confianza y seguridad para el (la) menor, condiciones necesarias para permitir la expresión total de su testimonio y de esta forma evitar la ampliación de la entrevista y por ende la revictimización.

1. La entrevista única en Cámara Gesell

La Entrevista Única en Cámara Gesell, es una diligencia en la cual se recaba la declaración testimonial de las presuntas víctimas de algún tipo de violencia y el acta conteniendo la transcripción del audio y video forma parte de la investigación, esta diligencia se desarrolla en una sola sesión, en este espacio de cámara Gesell brinda la posibilidad de construir o deconstruir una trama, la trama de lo vulnerado (Piemonte y De lorenzo, 2019), para ello se cuenta con la participación de los operadores de justicia como: Juez, fiscal, abogado del imputado (a), abogado de la víctima, psicólogo y agraviada (o), siendo el psicólogo quien desarrolla la entrevista al (la) menor en la cual se busca conocer información relevante del suceso denunciado.

Esta diligencia debe de ser tramitada en modalidad de prueba anticipada con carácter obligatorio acorde a lo estipulado en el nuevo código procesal penal en su artículo N° 242 y por el Decreto Legislativo 1386 publicados el 3 de setiembre del 2018, en su artículo 19 “*Declaración de la víctima y entrevista única*”, el cual indica que en víctimas niños, niñas y adolescentes se debe de recabar su declaración bajo la técnica de entrevista única bajo y debe de ser tramitada como prueba anticipada, sin embargo, en casos de víctimas adultas queda a criterio del fiscal desarrollarla bajo la misma técnica. La entrevista debe de ser única, sin embargo, en casos especiales en los cuales el juez requiera realizar alguna aclaración o precisión de algún punto en específico puede desarrollarse una ampliación de la declaración.

En el año 2019 se emite la resolución administrativa N° 277-2019-CE-PJ, la cual aprobaba el “Protocolo de entrevista única para niñas, niños y adolescentes en cámara Gesell”, la cual tiene como propósito principal el evitar la revictimización de los menores puesto que la entrevista será grabada en audio y video el cual al finalizar la diligencia deberá de ser lacrado y firmado por los intervinientes.

Ello permitirá que los menores repitan el testimonio ante las diversas autoridades del sistema y se expongan a la reexperimentación del evento violento pudiendo incrementar la alteración de su resquebrajado estado emocional.

La cámara Gesell es una sala especialmente diseñada con un espejo unidireccional que permite la observación de una persona o un grupo sin ser detectado. La persona que se encuentra en la sala de observación (generalmente un terapeuta o investigador) puede ver y escuchar a través del espejo, mientras que la persona o personas en la sala observada no pueden ver al observador (Gesell & Amatruda, 2005).

Aunque la cámara Gesell es una herramienta valiosa, también tiene algunas limitaciones. Algunas personas pueden sentirse incómodas o conscientes de estar siendo observadas, lo que podría influir en su comportamiento. Además, la observación a través de una cámara unidireccional no proporciona información completa sobre los estados internos o las intenciones de las personas observadas (Flores & Herrero, 2007).

2. Reconocimiento medico legal

2.1. Importancia del cumplimiento de las etapas previas a la intervención en cámara Gesell.

Previo al desarrollo de la entrevista única en cámara Gesell, se encuentran una serie de etapas (Guía de procedimiento de entrevista única MP, 2016) que el usuario victima debe de cumplir como son: la *formulación de la denuncia*, puede formularse ante la Policía o la Fiscalía (Ministerio publico, 2019) ello servirá para que las autoridades puedan aperturar un expediente y se inicie el desarrollo de las diligencias necesarias para lograr esclarecer el caso.

Asimismo, la *evaluación médico legal*, este procedimiento ayudara a poder tener una noción mas clara en relación a lo sucedido, así como las secuelas físicas observables a causa del delito, cada caso en particular cuenta con una evaluación diferente. Durante el proceso de reconocimiento médico legal, el médico forense examinará al individuo y recopilará información relevante, como antecedentes médicos, historial de lesiones, síntomas actuales y cualquier otra evidencia clínica pertinente. También pueden realizarse pruebas adicionales, como radiografías, análisis de laboratorio o evaluaciones psicológicas, dependiendo de la naturaleza del caso.

Una vez recopilada toda la información, el médico forense emitirá un informe pericial detallado que describirá las lesiones o condiciones médicas encontradas, establecerá una relación causal con el caso legal y ofrecerá una opinión médica experta. Este informe puede ser utilizado como evidencia en el proceso legal y puede influir en la resolución del caso. Es importante destacar que el reconocimiento médico legal requiere que los médicos forenses tengan conocimientos y experiencia tanto en medicina como en

derecho, ya que deben aplicar los principios médicos de manera precisa y comprender cómo sus hallazgos se relacionan con el sistema legal. (Del Río, 2006)

Finalmente la última etapa es la *intervención de la Unidad de Víctimas y Testigos*, la cual tiene por finalidad brinda asistencia integral a víctimas de algún tipo de delito, por medio de acompañamiento de sus diversos profesionales buscan que las (os) menores puedan mantenerse estables, seguros y comprendidos para brinden su testimonio en cámara Gesell. (Ministerio Público, 2023)

2.2. Características del Reconocimiento médico legal

En el día de la cita, un médico capacitado realizará una evaluación médica exhaustiva de la persona. La cual puede variar dependiendo el delito que se investiga, en caso de lesiones la evaluación será física emitirá un pronunciamiento en base a las lesiones (hematoma, edema, tumefacción, etc.) encontradas en el momento de la evaluación, lo cual estará acompañado con los días de incapacidad médica legal (Guía médico legal de valoración integral de lesiones, 2016) y en el caso de un delito sexual desarrollara un examen de integridad sexual en la que se pronunciara en relación a las lesiones extragenitales, paragenitales, estado del himen así como su tipología entre otros detalles que guarden relevancia en la investigación (Guía de evaluación física de la integridad sexual, 2021).

En el momento de la evaluación médica, el especialista, puede desarrollar la revisión de historia médica, un examen físico general y específico, y la recolección de muestras, como muestras de sangre, orina u otros fluidos corporales, si es necesario. Asimismo, se tomarán registros detallados de todas las observaciones y hallazgos relevantes. Estos registros pueden incluir notas médicas, resultados de pruebas, fotografías o videos de lesiones (si las hubiera) y cualquier otra información relevante.

En el caso de un examen médico legal ginecológico, este sirve como prueba diagnóstica que puede determinar si existen elementos que orienten al funcionario judicial en la determinación de los hechos de la investigación (Asmat et al., 2015).

2.3. Importancia del reconocimiento médico legal en la cámara Gesell

El reconocimiento médico legal antes de una entrevista en cámara Gesell es importante por varias razones como lo afirman Pelayo & Maganto (2011):

- Protección del niño o la víctima: El reconocimiento médico legal permite evaluar el estado físico y emocional del niño o la víctima antes de su participación en la entrevista en cámara Gesell. Esto asegura que no se les exponga a situaciones que puedan ser perjudiciales para su salud o bienestar.

- Validación de la integridad física: El reconocimiento médico legal permite documentar cualquier lesión física o evidencia de abuso que pueda estar presente en el cuerpo de la víctima. Estos hallazgos pueden servir como pruebas adicionales en el proceso legal y ayudar a establecer la veracidad de las declaraciones realizadas durante la entrevista en cámara Gesell.

- Registro objetivo: El reconocimiento médico legal proporciona un registro objetivo y profesional del estado de la víctima en un momento específico. Esto puede ser especialmente importante si se requiere presentar evidencia en un tribunal o en una investigación legal posterior. El informe médico legal puede respaldar la credibilidad de la víctima y proporcionar datos objetivos sobre su estado físico y emocional.

- Orientación para el entrevistador: Los resultados del reconocimiento médico legal pueden proporcionar información valiosa al entrevistador en la cámara Gesell. Estos datos pueden ayudar a guiar la entrevista y permitir que se realicen preguntas adecuadas, evitando cualquier daño adicional a la víctima y asegurando una entrevista más eficaz y sensible.

En resumen, el reconocimiento médico legal antes de una entrevista en cámara Gesell es fundamental para salvaguardar el bienestar de la víctima, recopilar pruebas adicionales y proporcionar información útil para el proceso legal. Es una medida importante para garantizar un enfoque apropiado y sensible en casos que involucren a niños o víctimas vulnerables.

3. Implicancias éticas en cámara Gesell

Para hablar de implicancias éticas debemos de iniciar conociendo que, la ética es el conjunto de valores y normas que mejoran el desarrollo de las actividades que el profesional previo, durante y posterior a la entrevista en cámara Gesell. Por lo que a continuación se expondrán las características éticas que se deben de realizar en cada una de las fases, así como las actitudes no permitidas puesto que se enmarcaría en una práctica no ética. Se expondrán a continuación las características más significativas.

La práctica de *Privacidad y confidencialidad*, Proporciona un entorno seguro, tranquilo y confidencial para llevar a cabo la entrevista, lo cual ayudará a que el niño o la víctima se sienta cómodo y pueda expresarse libremente; asimismo el *Consentimiento informado*, previo a la suscripción es necesario

explicar a los padres o tutores legales sobre el procedimiento a realizar así como absolver las dudas y se debe de prescribir antes de realizar la entrevista y finalmente la presencia de un *Profesional especializado*, Es importante que la diligencia de entrevista única en cámara Gesell sea realizado por un profesional psicólogo especializado, puesto que tienen la formación y experiencia necesarias para realizar una evaluación completa y precisa.

3.1. Fase previa

Previo a la diligencia de entrevista única en cámara Gesell se deben de cumplir con ciertos criterios necesarios para una entrevista optima y el cumplimiento eficaz de lo requerido por los operadores de justicia. A continuación, se detallan: Revisión del expediente fiscal, consentimiento informado, psicólogo experto, análisis de la necesidad de interprete o traductor y participación de los operadores de justicia.

3.1.1. Revisión del expediente fiscal, el profesional psicólogo debe de revisar el expediente fiscal con la finalidad de conocer mayores detalles del caso que le permitan una mejor exploración en el momento de la entrevista única, así a la vez debe de reunirse con el director de la investigación (Juez, fiscal) para conocer los detalles importantes en los que desean se esclarezca. Antes de dar inicio a la entrevista, el psicólogo experto, debe de tener acceso a la carpeta fiscal para observar las diligencias previas desarrolladas, así como las pruebas presentadas por los abogados intervinientes. Es importante revisar el expediente previo de la entrevista. La idea es que el psicólogo que dirige la entrevista pueda presentarlos de la forma más espontánea posible durante el proceso de entrevista (Bustos, 2018).

*Se incumplirían los criterios éticos, al iniciar el desarrollo de una entrevista en cámara Gesell sin haber revisado el expediente porque el psicólogo se estaría limitando a indagar solo lo que el evaluado refiere en cámara y no dirigir adecuadamente la entrevista, lo cual genera desventaja para el esclarecimiento del caso.

3.1.2. Consentimiento informado, El profesional psicólogo se encuentra obligado a explicar a los acompañantes del menor, así como al menor en que consiste el procedimiento de entrevista única en cámara Gesell, así como absolver las dudas que tuviesen, para posteriormente recibir la autorización para que el profesional se entreviste con el menor, ello por medio de la firma de la autorización en el formato “consentimiento informado” por parte de sus padres y/o tutores, así como del menor participante. El consentimiento es la expresión de voluntad realizado por los padreso tutores en la participación de la diligencia de cámara Gesell, luego de haber sido informados sobre el motivo, significado, finalidad e importancia del

procedimiento a desarrollarse (Guía de entrevista única del poder judicial, 2016). Asimismo, en caso de que los padres se encontraran como investigados o en calidad de cómplices por encubrimiento del delito, el fiscal o el juez puede firmar la autorización para el desarrollo de la entrevista (Arantegui, 2021).

Se incumplirían los criterios éticos al solicitarle la firma del formato de consentimiento sin explicación previa o sin absolver las dudas de los usuarios, pues esta actitud puede generar desconfianza en la entrevista y proceso en general.

3.1.3. Profesional psicólogo experto, Es importante que el profesional que desarrolle la entrevista única se encuentre capacitado y a la vez cuente con la experiencia necesaria, puesto que de ello depende el esclarecimiento del caso y al ser entrevista única, no habrá opción en otro momento para recopilar esa información y además de que a esta sala ingresan principalmente niños, niñas y adolescente, por lo que debe de estar preparado para tratar con niños de las diversas edades generacionales así como de los diversos contextos socioculturales para que el menor se sienta comprendido y pueda expresarse de forma fluida. El profesional que dirigiera la entrevista debe de ser un psicólogo experto en técnicas forenses o del desarrollo del niño, ello con la finalidad de interactuar con los menores acorde a su edad, características sociales y circunstancias personales de cada niño, niña o adolescente (Guía de entrevista única del poder judicial, 2016). Por otro lado debe de contar con experiencia y experticia en las entrevistas a víctimas de violencia (Guía de entrevista única del Ministerio público, 2016).

Se estaría incumpliendo a los lineamientos éticos el permitir la participación de un profesional que no este capacitado o en su defecto pertenezca a otra institución publica o privada que no cuente con la experticia en la atención de este tipo de casos.

3.1.4. Participación de un intérprete o traductor, en caso el menor a entrevistar en cámara Gesell contara con alguna discapacidad que lo limite interactuar con el profesional psicólogo o cuente con un idioma diferente al del psicólogo, se debe de considerar la participación de un profesional experto en el área, para que se pueda desarrollar una entrevista adecuada en el que ambos se sientan comprendidos y en confianza. En este caso el traductor o interprete debe de ser una persona experta y autónoma, no debe de mantener vinculo de familiar o afinidad hacia ninguno de los involucrados en el caso. El profesional traductor o interprete se encargara de brindar informacion accesible y completa hacia el menor entrevistado sobre sus derechos y el procesamiento de la participación en el proceso judicial, a la vez sera el encargado de trasladar las preguntas formuladas asi

como el motivo, significado, finalidad e importancia de la entrevista única en el ambiente de cámara Gesell (Guía de entrevista única del Ministerio público, 2016).

Se consideraría una práctica no ética el que se acepte la participación en calidad de interprete o traductor a algún familia o amigo de alguno de los involucrados, puesto que podría parcializarse con alguno de ellos y ocultar detalles significativos que refiera el entrevistado.

3.1.5. Participación de los operadores de justicia, la cámara Gesell cuenta con 2 ambientes, uno de ellos es la sala de observación, lugar en el cual se instalan los operaciones de justicia (Juez, fiscal, abogado denunciado, abogado de la víctima, digitador, padres o tutores de la víctima) para poder observar la entrevista que desarrollara el profesional psicólogo, en este ambiente deben de encontrarse todos los involucrados para poder dar inicio a la entrevista, ello con el propósito de que los involucrados cuenten con la misma posibilidad de preguntar y esclarecer el caso.

El dar inicio a la entrevista en cámara Gesell sin la participación de alguna de las partes puede generar nulidad de la diligencia puesto que no se encontrarían en igualdad de condiciones las partes, trayendo como consecuencia el desarrollo de una nueva entrevista lo cual generaría la revictimización de la menor.

Asimismo, por un tema de confidencialidad de limita la participación de estudiantes o personas no involucradas en el proceso en la sala de observación debido a que se puede filtrar información referida por la víctima al entorno familiar, amical o social lo cual conlleve a actitudes que revictimicen a la menor, asimismo porque se debe de proteger la identidad de los niños (as) y adolescentes involucrados en procesos de algún tipo violencia.

En el caso de los peritos de parte, solo se admitirá su presencia siempre y cuando el fiscal o juez lo hayan permitido y este se limitará a la observación de la entrevista.

De igual manera, se desaconseja el acceso del investigado al ambiente de observación por diversas razones, siendo una de ellas que constituye un problema ético el ocultar esta información al menor, debido a que Sería erróneo hacerle creer que hizo la declaración bajo ciertas condiciones cuando en realidad hizo la declaración bajo condiciones muy diferentes. Por otro lado, si se le informa sobre la presencia del denunciado puede obstaculizar el relato libre del menor, ya que puede generar miedo y evitar referir el hecho vivenciado. (Novkovic, 2020)

3.2. Desarrollo de la entrevista única

El desarrollo de la entrevista única se da en el momento que el psicólogo ingresa a la sala de entrevista única con el menor y es el ambiente en el cual se mantienen todo el tiempo que sea necesario hasta que se haya obtenido la mayor cantidad de información posible, el tiempo es variable, depende mucho de la colaboración del menor, de la complejidad del caso, de la edad del menor, etc. en esta sala de deben de cumplir ciertos criterios éticos, los cuales se comparten a continuación:

3.2.1. El encuadre, al momento de dar inicio a la entrevista es importante explicarle al menor sobre las características del ambiente en el que nos encontramos, ser claros al explicarle que estamos siendo grabados por audio y video y a la vez la finalidad de la entrevista, ello con el propósito de que el menor conozca lo que va a suceder en el ambiente. Al inicio de la entrevista es recomendable explicar el procedimiento que se va a realizar y luego invitar a los niños y adolescentes a hablar sobre sus actividades e intereses, lo que ayuda a generar emociones positivas (Novkovic, 2020).

El ocultar esta información puede generar que el niño se sienta decepcionado y no desee participar en la evaluación psicológica posterior o ya no confíe en el profesional psicólogo.

3.2.2. Relato, en esta etapa se puede hacer uso de protocolos existentes para el desarrollo de la entrevista, como son: Michigan, nich, satac, etc., es importante que se permita un relato libre en el cual el menor pueda expresar sus vivencias, momento en el que se le permitirá al menor expresarse sin interrupciones, solo dirigiendo la entrevista en el momento en que se desvíe a brindar detalles no relacionados con la investigación se formularán preguntas abiertas sobre la información referida por el propio menor, las preguntas deben de estar acorde a la edad del menor con el objetivo de no confundirlo con términos muy complejos.

En caso de menores que durante la entrevista se nieguen a brindar información o hagan conocer su rechazo a participar en la entrevista, se suspenderá la misma dejando constancia de ello.

La justicia en la que participen niñas, niños y jóvenes deberá tener en cuenta su edad, madurez e incapacidad y deberá realizarse en salas adecuadas y accesibles, empleando un lenguaje claro y sencillo y su lengua materna para facilitar su comprensión y evitar las indebidas formalidades necesarias, y si eres miembro de un Pueblo Indígena, por favor respeta sus costumbres y tradiciones culturales (Regla de Brasilia N° 78, 2018).

Fomentar la espontaneidad en la narración del niño, niña o adolescente la niña, niño o adolescente, asimismo la entrevista no debe de ser directiva ni de interrogatorio, sino que debe de estar orientada a una declaración libre e imparcial que ayude a acceder a la aproximación de los hechos, en la cual se deben de formular preguntas abiertas acorde al vocabulario de la víctima que permitan el despliegue o apertura de mayores detalles, pudiéndose usar protocolos de entrevista como Nichd, Michigan, SATAc, etc. (Guía ministerio publico, 2016).

Se sugiere se desarrolle la clarificación de términos o situaciones vivenciadas, no se puede asumir la existencia o inexistencia de detalles, es importante y ético consultar al (la) entrevistado (a) la información que genera duda o confusión.

Se debe de evitar interrumpir al menor cuando está brindando su testimonio, así como el desarrollo de preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas al menor, puesto que pueden generar dudas, confusión en el menor y conllevándolo a responder según su comprensión, asimismo en el momento de la entrevista si se evidencia alguna negativa por parte del menor en participar de la entrevista lo mas adecuado será suspender la diligencia y reprogramarlo para otra oportunidad, respetar la decisión del menor y finalmente se debe de evitar que cualquiera de los participantes grabe en equipos no oficiales de la institución porque la información puede llegar a filtrarse y generar revictimización a la víctima.

3.3. Fase final

Posterior a la entrevista única en cámara Gesell, se realizan una serie de actividades las cuales se debe de cuidar de mantener cierta privacidad y confidencialidad por tratarse de menores de edad las victimas involucradas en el caso, la sobre exposición perjudicaría el estado emocional de la víctima.

3.3.1. Confidencialidad en audio y video, el juez es el encargado de mantener bajo reserva y ceder a quien sea necesario una copia del audio y video obtenido de la entrevista desarrollada en cámara Gesell, esta información solo debe de ser entregada a los involucrados en el caso, quienes deben de mantener la reserva del caso y solo ser usada para el proceso en el que se encuentran involucrados.

3.3.2. Ampliación de la entrevista

La entrevista única en cámara Gesell se supone que debe de ser única, sin embargo, en casos especiales, previa evaluación del juez de investigación

preparatoria se acepta la aplicación de la misma, sin embargo, debe de limitarse solamente a la exploración de datos puntuales relacionados a los motivos por el cual se permitió la ampliación.

Cuando la ley establece que los jueces pueden hacer declaraciones amplias a niñas, niños o adolescentes, si es necesario aclarar, complementar o precisar algunos puntos de su declaración, la entrevista debe prevalecer sobre la entrevista anterior con el mismo psicólogo que hizo la declaración. declaración, de acuerdo con las directrices de este protocolo (Guía de entrevista única del Poder Judicial, 2016).

Asimismo el documento conocido como “Guía de Buenas Prácticas” (UNICEF, 2015) menciona circunstancias específicas que justifiquen el desarrollo de entrevistas adicionales ...” *Cuando los niños, niñas y adolescentes le dice a alguien que tiene información relevante que por algún motivo no reveló al efectuarse la primer entrevista de declaración testimonial...*”, “... *El profesional a lo largo de la entrevista determina la conveniencia para el niño, niña o adolescente y el proceso de continuar la entrevista en otro momento...*” y “... *Las partes aportan nuevas pruebas sobre cuestiones no tratadas en la entrevista que suponen elementos significativos para la investigación, por lo que requieren necesariamente una nueva entrevista con la niño, niña o adolescente...*”

Es importante recordar que si los niños o adolescentes, ya han sido evaluados por un profesional psicólogo forense , se sugiere que el mismo profesional asista a una entrevista con Cámara Gesell. (Bustos, 2018)

En conclusión la entrevista única en cámara Gesell, en modalidad de prueba anticipada es una prueba muy importante para reducir la revictimización de las menores victimas de los diversos delitos en los cuales se pueden encontrar inmersas, y contar con todas las pruebas necesarias como son el reconocimiento médico legal previo a la entrevista es fundamental puesto que brindara una noción mas clara de los hechos y permitirá desarrollar una entrevista mas completa, asimismo el cumplimiento de los criterios éticos son fundamentales, ello a fin de poder desarrollar una entrevista mas objetiva, imparcial y no exista causal de nulidad del procedimiento.

4. Referencias bibliográficas

Arantegui, L. (2022) El uso de cámaras Gesell con niños: derechos humanos y victimización secundaria. REVISTA DE VICTIMOLOGÍA Online ISSN 2385-779X. DOI 10.12827/RVJV.13.02 | N. 13/2022 | P. 35-64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8508860>

Asmat-Condormango, R., Hernández-Chunga, B., Pretell-Paredes, L. y

Hernández-Vásquez, A. (2015) Importancia de la evidencia en las evaluaciones médicas de delitos contra la libertad sexual. *Rev. cuerpo méd. HNAAA* 8(2) 2015.

Corte interamericana de derechos humanos (2008). Reglas de basilia N° 78. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30061.pdf>

Decreto Legislativo N° 1386, Decreto Legislativo que modifica la ley N° 30364, ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Setiembre de 2018.

Decreto legislativo N° 957, Nuevo código procesal penal, mediante Ley N° 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. Agosto de 2013.

Del Río, M. (2006). La cámara Gesell y el estudio de la personalidad en el niño. Pirámide.

Flores, R., & Herrero, J. M. (2007). Observación e investigación en el aula: la cámara Gesell. Narcea Ediciones.

Gesell, A., & Amatruda, C. S. (2005). El diagnóstico del desarrollo en la clínica infantil: la cámara Gesell. Médica Panamericana.

Ministerio público (2019). Cómo se formula una denuncia. https://www.mpfm.gob.pe/fiscalias_anticorrupcion/como_denunciar/

Ministerio público (2023). Programa de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos. <https://portal.mpfm.gob.pe/programa-de-proteccion-y-asistencia-a-victimas-y-testigos>

Ministerio Publico (2016). R.F.N. N°3963-2016-MP-FN. Guía médico legal de valoración integral de lesiones corporales. https://portal.mpfm.gob.pe/descargas/Guia_01.pdf

Ministerio Publico (2016). R.F.N. N°3963-2016-MP-FN. Guía de procedimiento de entrevista única a víctimas den el maco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. https://observatoriovioencia.pe/wp-content/uploads/2018/06/guia_03.pdf

Ministerio público (2021). R.J. N° 000189-2021-MP-FN-JN-IMLCF. Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad Sexual en Presuntas Víctimas de Delitos Contra la Libertad Sexual. <https://www.mpfm.gob.pe/>

Docs/iml/files/1657807499rj%200189-2022-iml%20GML%20Integridad%20Sexual%20DCLS.pdf

Novkovic, A (2020) La testimonial en cámara Gesell. Una lectura desde la práctica. Revista pensamiento penal <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49167-testimonial-camara-gesell-lectura-practica>

Pelayo, M. L., & Maganto, C. (2011). Valoración de la credibilidad en abuso sexual infantil: El testimonio en la cámara Gesell. Cuadernos de Medicina Forense, 17(1-2), 35-43.

Piemonte, F. y Del Lorenzo, R. (2019). Declaración Testimonial de víctimas de violencia de Género en Cámara Gesell como Anticipo Jurisdiccional de Prueba: abordaje interdisciplinario y supuestas tensiones con el derecho de la defensa a contra examinar. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48378-declaracion-testimonial-victimas-violencia-genero-camara-gesell-anticipo>

Poder judicial (2016). Resolución Administrativa del poder judicial N° 090-2016-CE-PJ - Protocolo de entrevista única para niñas, niños y adolescentes en cámara Gesell presentación. <https://acortar.link/yHhS5y>

UNICEF (2015) Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. <https://acortar.link/wkHCK>