

BOLETÍN N.º 12

El Derecho Penal y sus diversas manifestaciones:
Una revisión analítica – dogmática de la
aplicación de las ciencias penales

Directores:
Anthony Julio Romero Casilla
Frank J. Paucarchuco Gonzales

AÑO N.º 04 / MARZO 2024

Autores de esta edición:

Elsa Jessica Sofía Calvo Daza

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Lee Allison Mantilla Torres

Abogada por la Universidad Privada del Norte

Jorge Adrian Zuñiga Escalante

Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín

Miguel Ángel Angulo Gaona

Abogado por la Universidad Central de Ecuador

Rosario Solange Palacios Meléndez

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Jimmy Sotomayor Herrera

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Bertho Arturo Menacho Ortega

Abogado por la Universidad Internacional de La Rioja

Mario Medrano Montoya

Abogado por la Universidad Alas Peruanas

Dalmiro Huachaca Sánchez

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

Hamilton Jhon Montoro Salazar

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Rafael Vega Llapapasca

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Jorge Hau Camoretti

Biólogo forense por la Universidad Privada Ricardo Palma

Directores

Anthony Julio Romero Casilla
Frank James Paucarchuco Gonzales

BOLETÍN N.º 12

El Derecho Penal y sus diversas manifestaciones:
Una revisión analítica – dogmática de la
aplicación de las ciencias penales

Autores en esta edición:

Elsa Sofía Calvo Daza
Rosario Palacios Meléndez
Bertho Menacho Ortega
Dalmiro Huachaca Sánchez
Rafael Vega Llapapasca
Lee Allison Mantilla Torres

Miguel Ángel Angulo Gaona
Jimmy Sotomayor Herrera
Mario Medrano Montoya
Hamilton Montoro Salazar
Jorge Hau Camoretti

**Amachaq**
Escuela Jurídica

2024

Lima – Perú

ISSN: 2788-6158

BOLETÍN N°12

EL DERECHO PENAL Y SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES: UNA REVISIÓN ANALÍTICA – DOGMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LAS CIENCIAS PENALES

AÑO 04 – N.º 12 – MARZO 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:

Angulo Gaona, Miguel Ángel
Calvo Daza, Elsa Sofia
Hau Camoretti, Jorge
Huachaca Sánchez, Dalmiro
Mantilla Torres, Lee Allison
Medrano Montoya, Mario
Menacho Ortega, Bertho
Montoro Salazar, Hamilton
Palacios Meléndez, Rosario Solange
Sotomayor Herrera, Jimmy
Vega Llapasca, Rafael

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio
Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORES:

Chaiña Mamani, Jhordan Jeriff
Lopez Paucar, Jennyfer Scarleth
Maquera Anchaise, Carlos Daniel

COLABORADORES PRINCIPALES:

Borja Torres, Fernando Eddy
Linares Rodríguez, Natalia Alejandra

COLABORADORES:

Almanza Macedo, José Alonso
Alva Sangay, Dorelli Francisca

Anchahua Flores, Valery Rousse
Berrocal Rodriguez, José Ramón
Cabanillas Vela, Greicy Tatiana
Corrales Alcca, Huber
Leon Huapalla, Miguel Angel
Málaga Mujica, Leslie Milena
Orejon Concha, Lloyci
Pachecho Valladares, José Manuel
Paz Arroyo, Claudia Sofia
Quispe Mamani, Keen Ferrer
Romero Romero, Edin Omar
Ventura Carlos, Fernanda Cenaida
Vilchez Yantas, Gianfranco

ISSN: 2788-6158

DISPONIBLE DIGITALMENTE EN:

<https://www.editorialamachaq.com/b12-penal>

BOLETÍN N.º 12

“EL DERECHO PENAL Y SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES: UNA REVISIÓN ANALÍTICA – DOGMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LAS CIENCIAS PENALES”

I. DIRECTORES

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES

Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COORDINADORES

JHORDAN JERIFF CHAIÑA MAMANI

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

III. 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

IV. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

JOSÉ ALONSO ALMANZA MACEDO

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

DORELLI FRANCISCA ALVA SANGAY

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

VALERY ROUSSE ANCHAHUA FLORES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JOSÉ RAMÓN BERROCAL RODRIGUEZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

GREICY TATIANA CABANILLAS VELA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

HUBER CORRALES ALCCA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MIGUEL ANGEL LEÓN HUAPALLA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

LESLIE MILENA MÁLAGA MUJICA
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

LLOYCI OREJON CONCHA
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JOSÉ MANUEL PACHECHO VALLADARES
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

CLAUDIA SOFIA PAZ ARROYO
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

KEEN FERRER QUISPE MAMANI
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

EDIN OMAR ROMERO ROMERO
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FERNANDA CENAIDA VENTURA CARLOS
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

GIANFRANCO VILCHEZ YANTAS
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

V. AUTORES

ELSA JESSICA SOFÍA CALVO DAZA
Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

LEE ALLISON MANTILLA TORRES
Abogada por la Universidad Privada del Norte

JORGE ADRIAN ZUÑIGA ESCALANTE
Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín

MIGUEL ÁNGEL ANGULO GAONA
Abogado por la Universidad Central de Ecuador

ROSARIO SOLANGE PALACIOS MELÉNDEZ
Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JIMMY SOTOMAYOR HERRERA
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

BERTHO ARTURO MENACHO ORTEGA
Abogado por la Universidad Internacional de La Rioja

MARIO MEDRANO MONTOYA
Abogado por la Universidad Alas Peruanas

DALMIRO HUACHACA SÁNCHEZ
Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

HAMILTON JHON MONTORO SALAZAR
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

RAFAEL VEGA LLAPASCA
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JORGE HAU CAMORETTI
Biólogo forense por la Universidad Privada Ricardo Palma



BOLETÍN N.º 12
Amachaq-Escuela Jurídica
Área de Ciencias Penales

Disponible en:

<http://www.editorialamachaq.com/b12-penal>

Año: 2024

Edita:

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

El Boletín N° 12 de Derecho Penal con eje temático “El derecho penal y sus diversas manifestaciones: Una revisión analítica –dogmática de la aplicación de las ciencias penales” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://www.editorialamachaq.com/b12-penal>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
- Principios constitucionales del derecho penal <i>Elsa Sofía Calvo Daza</i>	13
- Teorías de la pena <i>Lee Allison Mantilla Torres</i>	23
- Autoría y participación <i>Miguel Ángel Angulo Gaona</i>	31
- Concurso de delitos <i>Rosario Solange Palacios Meléndez</i>	41
- Delito de colusión en los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema <i>Jimmy Sotomayor Herrera</i>	49
- Contaminación ambiental <i>Bertho Menacho Ortega</i>	59
- Tratamiento del lugar de los hechos / sitio del suceso y su importancia en el proceso penal <i>Mario Medrano Montoya</i>	69
- Construcción de la teoría del caso <i>Dalmiro Huachaca Sánchez</i>	79
- Principios del interrogatorio directo y la declaración del colaborador eficaz en el juicio oral <i>Hamilton Jhon Montoro Salazar</i>	85

- **Etapas de la audiencia inicial según el NCPP**
Rafael Vega Llapapasca.....99

- **La biología forense en casos de delitos contra la libertad sexual**
Jorge Hau Camoretti..... 113

PRÓLOGO

El derecho penal, al igual que las otras ramas del derecho, tiene como objetivo el control social, pues a través de la definición de las conductas ilícitas o prohibidas se logra evitar su ejecución, logrando así salvaguardar la paz social. Asimismo, con el fin de garantizar y buscar ese objetivo, es que se han creado las ciencias penales, las cuales se encargan de analizar de mejor manera el fenómeno delictivo.

En ese sentido, las ciencias penales tales como el derecho penal, el derecho procesal penal, la política criminal, la criminología, la medicina legal, etc.; en su conjunto, buscan determinar la conexión existente entre los delitos y las causas que influyen en su realización; además, permiten que se formulen y mejoren las propuestas políticas e institucionales en materia normativa.

Así entonces, AMACHAQ Escuela Jurídica, desde su labor académica de democratización del conocimiento jurídico, comparte una serie de reflexiones en cuanto tópicos tan relevantes para el derecho penal y las demás ciencias penales, los que, a su vez, son analizados desde un enfoque pragmático en el contexto actual peruano del siglo XXI.

El Boletín N.º 12 de Ciencias Penales, de forma sistematizada, expone las transcripciones y los artículos de los Cursos Especializados desarrollados durante los meses de febrero y abril del 2023; todo ello organizado por la institución AMACHAQ Escuela Jurídica

En esta misma línea, es imprescindible extender nuestra gratitud a los autores de los escritos expuestos, los cuales con mucho entusiasmo y dedicación compartieron sus vastos conocimientos y sus tan interesantes reflexiones a través del auditorio virtual. Los expertos académicos en cuestión son los profesores Miguel Angel Angulo Gaona, Elsa Sofía Calvo Daza, Jorge Hau Camoretti, Dalmiro Huachaca Sánchez, Lee Allison Mantilla Torres, Mario Medrano

Montoya, Bertho Menacho Ortega, Hamilton Montoro Salazar, Rosario Solange Palacios Meléndez, Jimmy Sotomayor Herrera y Rafael Vega Llapapasca, a quienes está dedicada esta producción académica por su valioso aporte en torno a la difusión de conocimiento jurídico.

En este sentido, los temas expuestos en esta entrega versan sobre la aplicación jurídica de las ciencias penales en el contexto peruano actual; asimismo, se analizarán temas que suelen ser muy discutidos y que son sumamente relevantes para el entendimiento del funcionamiento y operación del sistema jurídico penal en el cual nos vemos inmersos.

Finalmente, para concluir con este prólogo, es menester resaltar el análisis riguroso con el que cuentan estas producciones. De esta manera, AMACHAQ comparte con su público lector tan relevantes conocimientos, y con ello, el aporte a una mayor reflexión y a un espacio provechoso para el debate jurídico en cuanto a temas tan importantes dentro del ámbito del Derecho Penal.

Fernando Eddy Borja Torres

Principios constitucionales del derecho penal*

Elsa Sofía Calvo Daza**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Función del derecho penal / 3. Principios constitucionales del derecho penal / 3.1 Principio de lesividad/ 3.2. Principio de legalidad / 3.3. Principio de culpabilidad / 3.4. Principio de proporcionalidad / 4. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El presente tema es de gran importancia, pues da las bases a todo aquello que prosigue a la teoría del delito, participación y, aún más, cuando se trata de analizar los diferentes tipos penales en lo concerniente al derecho penal Parte Especial. En esa línea, es necesario tener claro que el derecho constitucional es la base del resto de derechos, pues es el marco que otorga sustento y legitimidad a las diferentes formas y normas que tenemos dentro de un Estado, que en nuestro caso es un Estado Constitucional de Derecho, por ello la normativa y los controles sociales que se emitan dentro de dicho Estado han de obedecer a la Constitución, entendida como el marco de referencia principal para el disfrute de la libertad en el cuadro de los derechos fundamentales.

2. Función del derecho penal

Es usual que en las primeras clases de derecho penal en la universidad se nos introduzca a esta disciplina mediante la pregunta por su función, es decir, cómo es útil el derecho penal dentro de la sociedad. La respuesta a la pregunta por el fundamento de este sistema normativo existente siempre

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

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinadora de Medidas de Protección en la DPAM.

se corresponde, y por ello puede variar, a la clase de Estado, que como indicamos en nuestro caso es, según manda nuestra actual Constitución, un Estado Constitucional de Derecho y, por tanto, la función del derecho penal debe estar hilada a las funciones y principios orientadores de este tipo de Estado.

En la Constitución de 1993 hallaremos, en su artículo dos, un largo catálogo de principios orientadores, es más, un catálogo abierto que ,en línea con un mayor desarrollo, especifica de mejor manera los derechos fundamentales con los que contamos; sin embargo, dos de los pilares fundamentales que sirven de sustrato a todos los derechos son la dignidad y la libertad, esto significa que todos los bienes jurídicos legítimos que busca proteger el derecho penal de alguna forma están afectando los valores antes dichos. Así, el derecho penal en sus diferentes formas, Parte General y Parte Especial, en la construcción de los diferentes tipos penales que se van a regular en la Parte Especial de nuestro Código, deben responder a una constitucionalidad.

Ese último juicio es el que nombra el presente artículo, pues refiere a los fundamentos, los pilares que sostienen, el sustrato que legitima al derecho penal dentro de un Estado Constitucional de Derecho como lo es el peruano.

3. Principios constitucionales del derecho penal

En nuestra Constitución, tanto como en la jurisprudencia o doctrina, se pueden advertir diferentes principios orientadores del derecho penal; sin embargo, si lo que deseamos es verificar cuáles de ellos son los fundamentales e indispensables hallaremos cuatro, los cuales vinculan a la disciplina que estamos tratando hoy con la Constitución y hacen que el derecho penal aplicado, estudiado y compartido por los legisladores sea constitucional.

Estos principios son: de lesividad, de legalidad, de culpabilidad y de proporcionalidad; cabe aclarar que los principios mencionados están interrelacionados, debido a que no podemos sostener la legitimidad o validez de una norma penal en el cumplimiento aislado de uno de los principios, porque el primero da un sustento de fondo y material al derecho (por ello se relaciona con el concepto de bien jurídico); el segundo, un sustento formal a los tipos y sanción penales; el tercero, deja el acto delictivo que está tipificado en sí mismo y se centra en el sujeto; y por último, el principio de proporcionalidad, que hila todos los principios y hace que la validez del derecho penal no esté sujeto al cumplimiento de uno de ellos, sino que a través del ejercicio de la proporcionalidad y de lo que demanda esta; las normas penales para que sean constitucionales tienen que cumplir simul-

táneamente con el cumplimiento de los principios ya citados.

3.1. Principio de lesividad

Este principio otorga un sustento de fondo al derecho penal, porque indica lo que establece el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal, es decir, el derecho penal del Estado peruano se activa y actúa solo cuando hay la afectación o puesta en peligro un bien jurídico. Cabe aclarar entonces, que esta clase de derecho es el más reactivo contra los derechos de una persona, del ciudadano, siendo el máximo ejemplo la pena privativa de la libertad y, por tanto, su actuación solo tiene que ser residual, valga decir, actúa solo cuando se ha afectado o puesto en peligro un bien jurídico válido y respetado por nuestro Estado y derecho.

Así, el presente principio sustenta la función del derecho penal y le pone un límite, por ello no resulta sorpresivo que, metodológicamente, cuando se enseña el curso de Derecho Penal Especial o en los manuales de esta área o en las sentencias de la Corte Suprema lo primero que hace el profesor, el legislador y el juez es tratar de ubicar el bien jurídico. Hoy por hoy con la exigencia constitucional de la debida motivación en todas las sentencias una de sus premisas fundamentales es afirmar cuál es el bien jurídico que se está tutelando a través de ese tipo penal y verificar por medio de los hechos cómo este ha sido afectado o puesto en peligro.

Por sí mismo, el principio de lesividad nos señala que para que se active el derecho penal debe haber una puesta peligro o afectación de un bien jurídico, pero esto no es suficiente, porque tal como dijimos el derecho que estamos tratando es particularmente gravoso, además de que nuestro Estado en su marco normativo prevé otras formas de control social (derecho administrativo sancionador), por ello el Estado pone otro principio a la par del principio de lesividad para trabajar y razonar los casos y la subsunción de los hechos: el principio de mínima intervención.

Aquel principio nos brinda dos subprincipios: el primero es el de subsidiariedad, que nos invita a preguntarnos si no hay otra forma de proteger el bien jurídico una vez detectada la afectación o puesta peligro, de ser una respuesta negativa se activa el derecho penal, porque este solo se accionará cuando otros medios de control social no funcionen; y el segundo de fragmentariedad, que interroga sobre la gravedad de la afectación al bien jurídico para que así tenga relevancia la aplicación del derecho penal.

Un ejemplo de todo esto podría ser un recurso de nulidad de la Corte Suprema emitido por el caso conocido como "Cuatro hojas", que era sobre peculado de uso, en el que a nivel de instancias menores de la Corte Suprema

se condenó con una pena suspendida y reparación civil a un funcionario, debido a que usó cuatro hojas de su trabajo; así, argumentado en base al principio de lesividad y mínima intervención en relación al tema de subsidiariedad y fragmentariedad señaló que, en efecto, hubo un mal uso de los recursos del Estado; sin embargo, no gravemente y más aún, existen otros medios de control social igual de efectivos y menos lesivos a los derechos de la persona para sancionar y limitar la conducta incorrecta como lo es el derecho administrativo sancionador .

Siendo así, podemos decir que el tipo penal ha de estar solamente reservados para causas particularmente graves en los que el derecho administrativo sancionador no es eficiente y la afectación al bien jurídico es especialmente grave.

3.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad, probablemente el más conocido de todos y es entendido como que todo, o principalmente el derecho penal, tiene su respectiva ley de origen, el cual es un pensamiento arraigado y que hoy por hoy continúa en ciertos sectores, por ejemplo, en relación al tema del aborto podemos estar de acuerdo o no con aquel tipo penal, pero sí coincidimos en que respeta el principio de legalidad porque hay una estructura dentro de nuestro Código Penal que lo pena.

No obstante, este principio se vislumbra en un segundo momento de análisis, luego del análisis de la lesividad, y nos otorga una mayor seguridad jurídica, porque a estas alturas tenemos afectación e imposibilidad de que otra rama del derecho se haga cargo, pero es menester también que el legislador sea claro en la redacción del tipo penal para que el ciudadano pueda respetarlo y sepa cuál es límite de su libertad de actuar.

Precisamente por ello es que se dice que este principio limita el ejercicio del poder penal exclusivamente a ciertas acciones comisivas u omisivas que están señaladas expresamente en la norma, de tal manera que nadie puede ser procesado por una acción que se considera gravísima si previamente no estaba señalada en nuestro Código Penal.

Lo señalado también es aplicable a la pena, esto es, nadie puede imponer una pena por un hecho que al momento de ser realizado no estaba previsto por la ley. Es importante decir que el principio de legalidad se encuentra también en nuestra Constitución en su literal d, numeral 24 del artículo 2, y su función queda clara como límite y marco de análisis al igual que el principio de lesividad.

Este principio siempre ha sido expresado a través de garantías, debido a que existen diferentes marcos o ángulos para analizar si una norma cuida o no el principio de legalidad, así, si revisamos los principales manuales de autores peruanos hallaremos que la división del principio es la siguiente: primero, las garantías frente al legislador, que lo ayudarán en la aplicación del tipo penal y en que garantice los derechos de los ciudadanos, siendo la primera garantía la descripción precisa del tipo penal ; segundo, no hay efecto retroactivo, es decir, no se aplicará control a una conducta previa a la tipificación del delito; y, tercero, las garantías frente al ciudadano como imputaciones y condenas conforme al tipo penal, que es una consecuencia de las anteriores garantías, ya que todo el procesamiento tiene que adecuarse a lo dictado por el tipo penal, además también hallamos la prohibición de analogía en la misma lógica de guardar la precisión de la tipificación.

Los valores jurídicos que se buscan salvaguardar con este principio son los de seguridad jurídica y predictibilidad, porque con él se puede estar seguro de que no entraremos a un proceso por un delito que no existió en su momento, además, de que si entramos a un proceso se analizarán nuestras conductas conforme al tipo penal del cual soy consciente.

Antes de proseguir con el principio de culpabilidad, es necesario decir que los principios estudiados hasta el momento se tienen que abordar en ese orden y estar presentes para afirmar que un tipo penal es legal y legítimo. Resaltamos esto, porque por un largo periodo, lo primero, sino es que lo único que se respetaba y tomaba en cuenta para el tipo penal, era que se correspondiera con un principio de legalidad sin mayor análisis, lo cual por ejemplo ocurrió con el artículo 173 referente a violaciones sexuales de menores de edad, que tenía en el inciso una sanción a las relaciones sexuales consentidas entre una persona mayor de catorce años y una mayor de dieciocho años, una chica de quince no podía brindar consentimiento y, por ende, tener relaciones sexuales con alguien mayor a dieciocho sin que eso sea considerado violación.

Razón por la cual muchas personas fueron a la cárcel por tal tipo penal que, aunque se correspondía con el principio de legalidad el Tribunal Constitucional, en una sentencia declaró su inconstitucionalidad haciendo notar que no todo lo legal es constitucional y que para hablar de tipos penales constitucionales es menester iniciar con identificar bienes jurídicos valiosos, afectaciones particularmente graves y que no sean efectivos otros medios de control social.

3.3. Principio de culpabilidad

Este principio pone el foco en la persona que ejecuta el tipo penal, el principio lo podemos hallar en nuestro Código Penal, en su artículo séptimo, el cual dice que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor y que está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, meramente causal y aleatoria; asimismo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de culpabilidad ampliamente en jurisprudencia, como ejemplo tenemos la STC. Exp. N.º 014-2006-AI/TC, fundamento 25 en la que indica que el mencionado principio es uno de los pilares en el que descansa el derecho penal y constituye la justificación de la imposición de pena dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación cuando la realización sea reprochable a quien los comete.

En determinado momento se indicó que el principio de culpabilidad no podía ser considerado constitucional, puesto que no se encontraba en la Constitución como tal; sin embargo, a nivel de la jurisprudencia y la doctrina (sin señalar que el TC ha sido claro al respecto) se considera esto falso, porque se encuentra en la Constitución al desprenderse del análisis y de las consecuencias de la aplicación del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad. Así, el concepto nos otorga el fundamento de la pena, de la determinación judicial de la pena y es la garantía que impide imputar a una persona un resultado imprevisible, ya que la persona ha de ser responsable.

Por medio de garantía, al igual que con los otros, se ha tratado de desglosar este principio, el cual se subdivide en: primero, la responsabilidad que se ha de tener para ser autor de un delito, se tiene que imputar a título de dolo o culpa y no mera coincidencia; segundo, tiene que ser una responsabilidad por el acto que se realice y no por lo que se piense o sea; y, tercero, una responsabilidad por el propio hecho, es decir, que yo respondo por mi esfera de responsabilidad y nadie más puede.

Esta última responsabilidad tiene una base constitucional en el artículo dos, inciso 1, porque toda persona tiene derecho a su libre desarrollo, bienestar y a hacer todo lo que no se le está prohibido, pero tiene un límite reflejado en la frase "la libertad de uno termina donde empieza la de otro", lo cual ha de ser analizado en base a todo el marco normativo, así, la responsabilidad por el propio hecho proscribiera la responsabilidad objetiva, pues no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto u omisión de un deber jurídico que no le sea imputado, porque cada uno maneja su esfera.

Igualmente, como ya ha sido mencionado, el derecho penal responde por el hecho y no por la personalidad, valora conductas, la manera en que se

manifiestan y exteriorizan, no sueños, imaginaciones o deseo, al menos hasta ahora; es en línea con ello que el TC ha expresado que el principio de culpabilidad se debe engarzar directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella, ya que la reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena.

No obstante, el TC hace mucho hincapié en que se debe tratar lo que hizo la persona y no lo que es, fue o cree. Volviendo a las garantías, tenemos la responsabilidad por dolo y culpa, porque nuestras acciones no se responden a la mera causalidad, sino que necesariamente se tienen que vincular a la persona a la que se le imputa un delito un acto negligente (culpa) o doloso que viene a ser, bajo la teoría volitiva, un acto con conocimiento y voluntad respecto a la comisión y configuración de cada uno de los elementos típicos de un determinado delito.

3.4. Principio de proporcionalidad

Los tres principios básicos que hemos abordado y nos ayudarán a analizar la constitucionalidad de los tipos penales no se encuentran aislados, pues han de cumplirse los tres y estar vinculados, lo que se consigue con la aplicación y sustento del principio de proporcionalidad.

Este es, cabe indicar, transversal a todas las ramas del Derecho en diferentes ámbitos y análisis de las instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, entonces, como ha expresado el TC, el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado en el último párrafo del artículo doscientos de la Constitución y ha de ser cumplido por todo ámbito del derecho, así como también sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona.

Para entender mejor cómo este principio suma al derecho penal en sus dos ámbitos, tanto en el sentido abstracto como en el concreto, tiene que ser aplicado en un primer momento por un legislador y en un segundo momento por un juez, puesto que al primero le sirve para crear las normas y que estas sean proporcionales y cumplan con legalidad, lesividad y culpabilidad; mientras que al juez le es útil para aplicar la norma con la debida proporción en una sentencia.

Prosiguiendo, hallaremos diversas sentencias del TC que nos permiten dilucidar su estructura, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; las cuales por separado ameritan una gran discusión, pero de forma general podemos indicar que vinculado al derecho penal la idoneidad, por ejemplo, nos ayuda a engarzar con el primero de los principios, pues nos hace buscar que la norma tenga un fin legítimo y que la san-

ción contribuya a ese fin, tarea que nos lleva a ver el principio de lesividad, porque su cumplimiento nos garantiza que el tipo penal cuente con un bien jurídico legítimo y por consiguiente tenga un fin legítimo.

Teniendo un bien jurídico y fines legítimos, habría que preguntarnos sobre si la forma en que estamos construyendo el tipo penal suma a la protección de ese fin. Habiendo cumplido con este punto, nos encontramos con la pregunta por si es necesaria determinada medida para proteger aquel fin, y la respuesta se encuentra en usar la sanción que afecte menos los derechos fundamentales. Finalmente, queda el test de proporcionalidad en sentido estricto, que hace una relación de razonabilidad en todo lo visto y lo que exige a través de una ponderación, fórmula del peso, cargas argumentativas es, en resumen, que la tipificación y pena para una conducta debe sumar más de lo que resta.

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1. El principio de subsidiariedad establece que el derecho penal solo ha de actuar si las otras formas de control social no pueden lidiar con una situación, en ese sentido, ¿cuáles son esas otras formas de control previas al derecho penal?

Los seres humanos se organizan en sociedad para vivir armónicamente, por lo que necesitan tener reglas, pues no es posible vivir en una anarquía o libertad total, debido a que ello siempre termina en la afectación de los derechos de otras personas, aunque no estemos de acuerdo el respeto ha de ser mutuo. Por ello, cedemos parte de nuestra libertad al Estado, aunque se pueden dar muchas discusiones sobre este punto sobre todo considerando la realidad en la que vivimos, al menos teóricamente al hacer esto el Estado brinda diferentes alternativas de control como clásicamente señalan los manuales, el control social formal, que son los medios normativos de control que nos da el Estado como el derecho administrativo sancionador y el derecho penal; y los medios de control social informal como la educación, la familia o incluso autoridades religiosas.

Respecto a este punto, hay grandes discusiones eso sí, porque, en el contexto de la discusión por violencia de género y derecho de las mujeres podemos cuestionar los medios de control social informal como la familia, sociedad e iglesia, que son los que nos dicen lo que está bien y mal, y si ello lo vinculamos con los problemas de género que existen en la actualidad veremos que son esos medios informales los que establecen que es propio de la mujer y el hombre y, por consiguiente, no sancionará del mismo modo ciertas conductas que el derecho penal sí.

4.2. ¿Podría profundizar en el concepto de responsabilidad objetiva?

Aquel punto se encuentra hilado al principio de culpabilidad, el cual se puede explicar desde distintos ángulos y uno de ellos establece que solo debemos responder por una responsabilidad subjetiva, ya sea título de dolo o culpa; mientras que la responsabilidad objetiva hace referencia a una responsabilidad meramente causal, por ejemplo, una persona que caminando se tropieza con una piedra y por ello golpea una escalera provocando que la persona que se encontraba en ella cayese y muriera, lo cual, en efecto, es un acto que la persona generó, así que la persona causalmente tiene la culpa, pero al no haber voluntad de matar a la persona en la escalera se exime responsabilidad subjetiva.

De tal modo que hay que tener en claro que la persona ha de responder por su esfera de responsabilidad y no por mera causalidad, en esa línea un ejemplo clásico para rebatir a la responsabilidad objetiva es que si se comete un homicidio en un burdel, este se desencadenó por la existencia del burdel, el cual existía porque al costado había una cantina, la que existía por el oficio de vender alcohol de una persona, que se podía realizar gracias a que un vendedor las vendía a un precio cómodo, y así ad infinitum, entonces, podemos decir que todo está relacionado, pero la pregunta es si en ese caso el derecho penal tiene razón para activarse o si hay argumentos razonables para imputar penalmente esa responsabilidad.

4.3. Si una persona empiece a planear el asesinato de otra, pero a último momento se arrepiente y no comete el acto, no obstante un individuo descubre su plan, ¿puede demandarlo o iniciar una acción legal contra él?

A nivel teórico la cuestión ha generado diversos problemas, pero cuando el caso es llevado a la realidad es difícil que se dé, pues más allá de lo complicado del acto de descubrir tal plan a nivel procesal la pregunta es cómo probar tal punto.

Lo interesante en todo caso es advertir dos cosas: hoy por hoy el derecho penal, y nuestro legislador lo ha demostrado en la creación de diversos tipos penales, cada vez está adelantando la barrera punitiva y la regla en el derecho penal, como señalamos, es que se juzgue por lo hecho, no por lo pensado, entonces ahí entra la cuestión de los actos preparatorios, que a nuestro juicio tal caso entra en aquella categoría, aunque cabe indicar que si la víctima fuera una mujer el caso se torna más complicado porque ingresan la ley de violencia de género y los procesos previos que encierra ese tipo de violencia, pero como tal no se podría hacer una acusación de

tentativa de homicidio. Sin embargo, el hecho de que las barreras punitivas se estén adelantando podría justificar una investigación, y un ejemplo de este punto es el delito de marcaje.

Teorías de la pena*

Lee Allison Mantilla Torres**
Universidad Privada del Norte

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Concepto / 3. Teorías de la pena / 3.1. Teoría absoluta / 3.2. Teoría relativa / 3.3. Teoría mixta / 4. Importancia / 5. Respuesta a las preguntas del público.

1. Introducción

La pena es un tema aparentemente sencillo, teórico y sin mayor repercusión, sin embargo, lo que se diga de la pena tiene un impacto determinante en el resto de las categorías jurídico-penales.

Al respecto se debe precisar que en el transcurso de la historia han surgido distintas teorías que han intentado definir la pena o establecer cuál es la función más importante de este concepto.

Lo que se busca es despertar el aspecto crítico, acentuar la idea de que el derecho penal, más allá de leer es criticar, en este caso, las distintas teorías y aplicaciones de la pena, tomando como referencia a los principales dogmáticos de cada posición, con la finalidad de generar un ambiente de discusión y aprendizaje, para aportar nuevas reflexiones y mejorar la ley.

2. Conceptos

* Ponencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Fundamentos del Derecho Penal Parte General y Derecho Penal Parte Especial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 13 de abril del 2023.

** Abogada egresada de la Universidad Privada del Norte. Ha sido asistente de cátedra de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2018, 2019 y 2022). Es adjunta de docencia del curso Teoría del Delito en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es integrante del taller de Derecho Penal Económico y de la Empresa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, cursa una maestría en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La dogmática penal no ha uniformizado el concepto de pena. En ese sentido, para algunos la pena es una amenaza, para unos es una privación de bienes y para otros la pena es un castigo que se realiza al individuo.

Finalmente, para algunos es un mal, no obstante partiremos del concepto de penal a partir de la postura del doctor Muñoz Conde, el cual en su libro "Introducción al Derecho", señala que la pena es "una amarga necesidad sin la cual la convivencia humana en la sociedad actual sería caótica" (Muñoz Conde - Introducción al Derecho Penal). En síntesis, la pena es esa consecuencia de un comportamiento prohibido.

3. Teorías

La existencia de cada institución jurídica acarrea una finalidad, por ello, se analizará las tres teorías que han transcurrido en nuestra historia y que intentan justificar o explicar para qué sirve la pena.

3.1. Teoría absoluta

El máximo exponente de esta teoría es Immanuel Kant, este filósofo señala que, la pena es una consecuencia necesaria e indubitable del delito, es decir, es el efecto de un comportamiento. Asimismo, señala que el derecho penal es la reacción a los inconvenientes de la libertad.

Para analizar esta posición se debe tener presente que para la época en la que se gesta esta teoría de retribución moral, se entendía que el ser humano tenía la determinación de actuar conforme a lo que él quería (libre albedrío); por ello, el ciudadano podía elegir entre que su acción cause un daño o que genere un equilibrio en la sociedad; y lo que generaba la pena era sancionar a aquel ciudadano que se iba contra esa determinación de la libertad.

En esta teoría, el fundamento de la pena se basaba en la culpabilidad del sujeto. Si un sujeto, realizaba una conducta prohibida por esa sociedad, este tenía que ser sancionado con el mismo grado de afectación que su conducta había realizado.

Por tanto, si Allison dispara a Juan, Juan está muerto; la sociedad debe disparar también a Allison, pues ello era considerado una pena, una sanción ("ojo por ojo, diente por diente").

Por otro lado, esta teoría señalaba de que no debe utilizar a un sujeto como un instrumento para un fin, es decir, la sociedad no podía utilizar al sujeto que estaba realizando una conducta totalmente prohibida y sancionada, para hacerle ver a la sociedad, que eso no debe hacerse. Por esa razón, esta

teoría no tuvo mucha importancia en definir adecuadamente qué era la pena.

Por otro lado, Friedrich Hegel, otro representante de esta teoría, señala que la pena significa por la necesidad de restablecer la voluntad general individual, toda vez que, una sociedad tenía que estar en orden y lo que hace el delincuente es atacar contra ese orden, contra ese equilibrio que mantenía el Estado. Hegel sostiene que el delincuente no solo hace un desequilibrio en la sociedad, sino también genera una destrucción a los derechos de otros. Es por eso que plantea el proceso dialéctico y lo hace en base a tres presupuestos: el primero es la afirmación, es cuando se entiende que el ordenamiento jurídico es una voluntad general de todo; el segundo es la negación, puesto que el delito es una manifestación de la voluntad particular del delincuente, de aquella persona que quiere ir contra la norma; y, por último, la negación de la negación, para Hegel es que la pena restaura el bien jurídico negado por el delito.

Karl Binding, defensor de esta teoría, plantea que la pena se divide en dos preceptos: el supuesto de hecho, el mismo que está destinado a los ciudadanos, a prohibirles ciertas y la pena está incorporada también por ley penal. Por este motivo, los aplicadores del derecho (los magistrados y los jueces) son los que determinan la pena que será aplicada al caso en concreto, pues la pena ya no se va a prohibir, si no que ahora estos aplicadores de derecho van a tener que ordenar la pena.

Los tres exponentes proponen y establecen que la pena cumpla esa función intimidatoria o de amenaza en el individuo a efectos de que no cometa un delito. No obstante, estas teorías no tuvieron mucho efecto, porque se basaban en la libertad individual del sujeto, y en la realidad ante un hecho en concreto, era muy difícil acreditar que el sujeto había salido de ese libre albedrío que le daba a la sociedad. El segundo punto por el cual no se consolidó, es porque la pena no borra el mal cometido, sino por el contrario, esto añade al sujeto otro mal. Esto quiere decir que el fin realmente de esta pena planteada por estos exponentes no se estaba cumpliendo.

3.2. Teoría relativa

También llamada teoría preventiva. El máximo representante es Anselm Von Feuerbach, quien señala que la pena tiene una utilidad social y esta es prevenir delitos. Kant sostenía que la pena tiene que ser algo proporcional, pero en esta teoría no, pues se considera que la pena tiene un aspecto pedagógico de enseñar o ayudar al delincuente a que vuelva a ser un ciudadano normal.

Ahora, para poder llegar a esta idea de prevención, Feuerbach señala que debe de haber tres presupuestos importantes: el primero, un pronóstico favorable; el segundo, la concordancia con la peligrosidad, es decir, la pena tiene ser acorde a ese peligro que tiene el sujeto; y, por último, la inclinación que tiene el sujeto para la criminalidad y de acuerdo a ello se impone una pena.

Esta teoría tiene sus respectivas variantes: prevención general y especial.

La prevención general es aquella que se encarga de intimidar a la colectividad, es decir, la pena debía de ser un temor suficiente para que el ciudadano no cometa delitos; no solo era algo que tenía que ser planteado por el Estado, sino que iba más allá del ser humano, pues era necesario entrar en su psique para que entienda que un delito tenía que ser sancionado con una pena.

La prevención general se subdivide en positiva y negativa. La prevención general positiva inclina el objetivo hacia la masa e intentan incidir en el fuero interno de las personas para que dejen de delinquir. Por su parte, Jeremy Bettany señalaba que el temor no solo es causado a un ciudadano, sino que es causado también a la generalidad de este ciudadano, es decir, a sus familiares, a sus sobrinos, a sus tíos, etc., es por esa razón que está direccionada a calar en toda la masa de la sociedad.

La prevención general negativa está ligada definitivamente a intimidar a los futuros o potenciales delincuentes, solo busca amenazar de un mal. Al respecto, Luzón Peña considera que lo único que busca la pena en esta prevención general negativa es amenazar antes de cometer el delito. Por su parte, Von Liszt señala que la prevención especial busca evitar nuevos delitos, asimismo busca que el autor del delito sea fuente principal, sea la pieza principal del derecho penal. Von Liszt también señalaba que la pena en estos casos busca: a) corregir al corregible, que a través de la pena se pueda resocializar al individuo; b) intimidar a quien es susceptible de un delito, es decir, si el estado no podía resocializar, el segundo paso que tenía que hacer, según Von Liszt, era intimidar al que podía ser pasible de delito; y como última alternativa, c) que el sujeto sea inofensivo, para ello deberá ser privarlo de su libertad.

La prevención especial al igual que la prevención general, se subdivide en dos vertientes.

La primera es la prevención especial positiva, esta busca resocializar, es decir, la pena tiene el papel de mejorar moralmente a la persona humana para llegar al progreso ético en la sociedad. Lo que se busca es corregir la

personalidad del delincuente. Cabe recordar que esta posición surge en un contexto donde se quería revalorizar al ser humano, establecer esos principios de humanidad en las penas, por ello la pena funge como un ente moral moralizador, ayudando al delincuente a que su personalidad se corrija.

Por el contrario, la prevención especial negativa no buscaba resocializar sino inocuizar, esto significa ayudar a la sociedad a escaparse de esa contaminación que producía el delincuente. La pena trataba de mantener alejado a ese agente delictivo para tener una sociedad libre de peligro. Según Garofalo, el delincuente sufre por naturaleza de una anomalía moral y por ello es inferior a los demás, en consecuencia, no solo debía de ser tratado como inferior, sino que debería de ser aislado. Bajo esa concepción, empiezan a crearse las cárceles, para internar a los sujetos que cometían tipos penales, actividades ilícitas.

Nuestro Código Penal hace referencia tanto a la prevención general como a la especial, sin embargo, estas no tuvieron influencia total en nuestro ordenamiento jurídico, por las siguientes razones: 1) no se demostró con eficacia total que los ciudadanos realmente les tenían temor a las penas, no se pudo comprobar; y b) la imposibilidad de que en la praxis realmente se pueda resocializar al individuo. Por ello, Claus Roxin impulsó una teoría llamada teoría unificadora dialéctica.

3.3. Teoría unificadora dialéctica

La tercera y última teoría que busca explicar la finalidad de la pena, esta plantea unificar a las posiciones expuestas (la teoría de la retribución y la teoría de prevención). Claus Roxin, sostiene que estas teorías sólo pueden funcionar cuando son recíprocas y complementarias. Además, establece que se podrá sancionar a un sujeto cuando se cumple tres presupuestos: a) la sanción tiene que estar en una conminación penal, pues los ciudadanos deben entender que la pena es una amenaza; b) la sanción penal y la pena debe ser aplicada en todos los entes judiciales de acuerdo y en base al principio de proporcionalidad; y c) debe ejecutarse y supervisarse por los entes competentes.

Estas teorías ayudan a entender qué es lo que dice nuestro Código Penal. En el artículo I del Título Preliminar (T.P), el legislador ha señalado que el código tiene como único fin la prevención de delitos, y cuando hablamos de prevención de delitos, nos remontamos a las teorías preventivas.

En el artículo VIII del T.P, se establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho propio, en otras palabras, no se puede condenar a un sujeto por el accionar de otro, se debe sancionar por su

comportamiento delictivo, lo que nos hace recordar a lo planteado por la teoría absoluta.

Por otro lado, el artículo IX del T.P señala que la pena tiene una función preventiva, una función protectora y una función resocializadora, preceptos que se relacionan con la teoría preventiva. Entonces, queda claro que nuestro Código Penal está construido por las diversas teorías.

4. Importancia

Nuestro código penal presenta problemas acerca de la función de la pena, entre ellos tenemos:

- Un derecho penal que se basa en el populismo punitivo, o sea, el legislativo determina la imposición en la norma de una pena en base de la aceptación de la sociedad. Verbigracia, el poder legislativo aprobó un proyecto de ley en el cual se buscaba —ya no incrementar la pena del delito de feminicidio— aplicar que la policía realiza un patrullaje integral en el distrito en el cual se encontraba, la mujer afectada y según esta medida los ciudadanos iban a controlarse. De esta manera, se dejó de lado la función preventiva, la función socializadora, la función protectora del ciudadano, pues no ha generado que los delitos o las muertes en mujeres se reduzca, por el contrario, el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público ha señalado tajantemente que uno de los tipos penales con mayor incidencia después del delito de robo, es el delito de abuso sexual, pese a que al igual que el delito de feminicidio la pena es de cadena perpetua. Por lo que se considera que simplemente el legislador intenta apaciguar a la sociedad en ciertos contextos.

- Los procesos mediáticos, puesto que se visualizar la discordancia que existe entre delitos funcionariales como cohecho o colusión —delitos donde agentes especiales realizan el comportamiento prohibido—, pero sucede que en estos tipos penales la pena es mejor que la pena para delitos comunes realizados por personas que no tienen ningún cargo funcional, que no tienen ninguna vinculación con el Estado.

Es decir, el Código Penal nos dice que un sujeto que ha estudiado, un sujeto que tiene un vínculo con el Estado va a ser sancionado de forma muy leve. Aunado a ello, es importante señalar que los fines de la pena, cuando se trasladan a un marco mediático, desaparecen totalmente, porque lo que genera los medios de comunicación en los agentes jurisdiccionales es el temor, pero como decía Kant, no hay temor a la pena, es el temor a ser sancionados por un incumplimiento de una adecuada aplicación del derecho.

- El fin de la pena no es acorde a los derechos constitucionales, toda vez que el Código Penal, a través de sus tres funciones principales que señala en el título preliminar, genera un quebrantamiento de derechos constitucionales donde todos los individuos no son tratados por igual. Actualmente, cada magistrado tiene una posición particular y peculiar respecto de cuál es la función de la pena en cada caso, no hay un criterio unánime en los magistrados respecto de cómo debemos de aplicar correctamente la pena. Nuestro papel es entender el fin de la pena que debe cumplirse bajo el presupuesto de proporcionalidad y de igualdad ante la ley.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. Bajo las tres problemáticas planteadas en la importancia, ¿la solución sería una reestructuración de la justicia peruana o qué plantearía usted?

Se debe plantear una política de prevención, la misma que es más conocida como una política criminal. Las políticas públicas de criminalidad son muy escasas, pues lamentablemente nuestro país no cuenta con organismos realmente eficientes para plantear políticas públicas contra la criminalidad. Entonces, lo ideal sería poder implementar una política criminal efectuada los abogados o estudiantes, porque el poder legislativo está compuesto por personas que no son competentes en la materia, no son competentes estudiar realmente el conflicto de forma esencial.

Por ello, el doctor Prado ha planteado un nuevo proyecto del Código Penal de la parte general, en el que se reestructuran ciertas cosas, por ejemplo, se plantea que ya no se cuente con una pena de cadena perpetua, sino con una pena indeterminada, esta pena indeterminada va a ser revisada después de haber transcurrido los 35 años, porque ahora se enfatiza en que todo ser humano así haya cometido un delito, tiene que estar sustentado bajo la protección de humanidad de las penas. Por ende, ahora el magistrado va a estar con la obligación de revisar después de los 35 años una pena en particular. Actualmente, solo es posible que el magistrado revise una condena a pedido de parte; pero este proyecto trata de volver a humanizar al delincuente.

Lo oportuno es comenzar a reforzar una política criminal, una política pública contra la criminalidad, donde realmente se estudie el caso en concreto, cuál es la reacción que se tiene ante la sociedad y cómo el Estado ante el *ius puniendi* tiene que actuar a través de las penas, no por populismo punitivo sino porque realmente haga un estudio del tema en conflicto. Asimismo, se debe crear un ente que realmente verifique que esos resultados se están llevando a cabo. Por su parte, Bertha Prado señala que debemos

aplicar una política pública contra la criminalidad que no solo se encargue de revisar el problema penal y el problema social que tenemos, sino también de capacitar a los entes a que se pueda realizar un adecuado control de estos resultados, de estas consecuencias. De nada sirve que exista una ley plasmada en el Código Penal o en decretos legislativos si nosotros no la aplicamos de forma correcta.

5.2. ¿Tiene algún impacto lo que se diga de la pena en el resto de las categorías jurídico-penales?

Efectivamente, la pena tiene mucho que ver con la categoría de culpabilidad, porque el Título Preliminar señala que la responsabilidad penal es sobre el autor. En consecuencia, no podemos sancionar sobre el resultado que tuvo, sino sobre el comportamiento prohibido que se realizó.

5.3. ¿Influye el modelo de Estado en la pena?

Por supuesto, por ello, Ivan Meini habla que ante este estado protector que tenemos este estado realmente protector, como ciudadanos tenemos la libertad de elegir marchar o la libertad de elegir qué decisión tomar.

No obstante, en este estado que nos protege —sobrepasando los límites— aún de nuestras propias decisiones. Es decir, a los peruanos nos está totalmente prohibido que podamos decidir sobre nuestra muerte, porque en este estado social y misma la Constitución reconoce al Estado peruano como un estado paternalista, en tanto sus acciones van más allá de nuestras propias decisiones.

Autoría y participación*

Miguel Ángel Angulo Gaona**
Universidad Central del Ecuador

SUMARIO: 1. Introducción/ 2. Conceptos /2.1 Concepto de autoría /2.2 autoría y el principio de culpabilidad / 2.3 Concepto extensivo y restrictivo de autor / 3. Autoría y participación en el Código Penal Ecuatoriano /4. Evolución teórica de autoría / 4.1 teoría subjetiva de autoría /4.2 Caso práctico/ 4.3 Teorías objetivo- formales de autoría / 5. Clases de autoría /5.1 Autoría directa / 5.2 Autoría mediata / 5.3 Autoría mediata en el Derecho Penal económico / 5.4 Coautoría / 5.5 Caso práctico /5.6 Autoría mediata por aparatos organizados de poder /6. Infracción del deber en la autoría y participación/ 6.1 Caso práctico / 6.2 Delitos de infracción de deber en los delitos de administración pública/ 7. Caso práctico/ 8. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

La autoría y participación denominado también como atribución de la responsabilidad es uno de los temas más estudiados a nivel dogmático, sin embargo, a nivel jurisprudencial existe poco estudio de este tema porque tanto para fiscalía como jueces, como no existe una diferencia en la consecuencia punitiva que puede existir en la autoría y participación que los fiscales y jueces no le toman mucha importancia.

* Ponencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Fundamentos del Derecho Penal y Parte General, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 4 de abril del 2023.

** Abogado por la Universidad Central del Ecuador. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca Especialista en crimen organizado, corrupción y terrorismo por la Universidad de Salamanca, Investigador del CEDPAL, Universidad de Göttingen y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal y Ciencias Criminológicas

A nivel latinoamericano, esto ha ido cambiando por los grandes casos de corrupción a nivel internacional, en donde ya no es el cometimiento de delitos de primera velocidad –estos delitos simples– sino que muchas de las veces el cometimiento de delitos en estructuras empresariales o a nivel público/privado y la configuración de estos delitos es mucho más compleja, por ende es necesario abordarlo de una manera más detenida y depositando los conceptos que ofrece la dogmática y el ordenamiento jurídico.

2. Conceptos.

2.1. Concepto de autoría.

El concepto de autoría o autor, en primera instancia, se refiere a un concepto unitario de autor donde cualquier aporte de cualquier persona en el acontecer causal- no importa el momento- debían ser catalogadas como autor. En la dogmática se critica esta concepción de autoría debido a que vulnera el principio de culpabilidad.

2.2. Autoría y el principio de culpabilidad.

Con el principio de culpabilidad no se refiere a la categoría dogmática de culpabilidad, sino a un principio que limita el poder punitivo. Este principio implica que un comportamiento tiene que ser cometido bajo una estructura dolosa o culposa, es así como nos plantea la individualidad de pena o la personalidad penal.

La individualidad implica que cada persona responda, según sus datos y no los de otros, entonces, si decimos que cualquier aporte va a ser merecedor de la misma pena y todos tiene que ser catalogado como autores evidentemente se estaría rompiendo este principio de culpabilidad.

2.3. Concepto extensivo y restrictivo de autor.

A nivel histórico se desarrolla el concepto extensivo de autoría que marca la diferencia entre autores y partícipes. Sin embargo, al establecer las clases de autores y clases de partícipes, la consecuencia iba ser la misma. Es así como posteriormente nace el concepto restrictivo de autor que es lo verdaderamente marca la diferencia entre autores y partícipes, estableciendo quién es autor y quien es partícipe, la diferencia en las penas y los requisitos que debe tener cada forma de autoría y participación.

3. Autoría y participación en el Código Penal Ecuatoriano

Si nos remitimos a nuestro ordenamiento jurídico podríamos hablar de que existe un concepto restrictivo de autor porque marca la diferencia entre

autores y partícipes, sin embargo, en el Código Penal Ecuatoriano esto no es así porque la propia definición de participación se tiene metido el tema de autoría y complicidad en donde se mezcla.

4. Evolución teórica de autoría

Esto va a depender de la óptica teórica de la que se parta, es así que la teoría predominante la establece Roxin a partir de 1963 en su libro "Autor y dominio del hecho en el Derecho Penal". En este libro básicamente Roxin plantea que es autor es el que domina el hecho. Previo a establecer este concepto de dominio del hecho, pues esto es un desarrollo teórico dogmático, existían varias teorías que trataban de explicar: i) quién es autor y ii) quien es partícipe.

Aquello con ciertas deficiencias evidentemente cuando la dogmática penal trata de solucionar un problema desde diferentes postulados siempre van a existir presupuestos fácticos donde esa teoría no es suficiente para resolver ese problema.

4.1. Teoría subjetiva de autoría.

En el dominio del hecho teníamos la teoría subjetiva de la autoría donde se determinaba conceptos subjetivos de quien es autor y quien es partícipe y determinaba que autor es la persona que tiene ánimo de ser autor y partícipe es quien tenía ánimo de partícipe; sin embargo, por ser subjetivo tenía problemas- de hecho, hay un caso conocido- como ocurrió con el denominado "caso de la bañera". En este caso, el Tribunal Federal alemán resuelve un caso complicado, establece la responsabilidad de forma inadecuada.

4.2. Caso práctico.

El caso de la bañera trata básicamente de dos hermanas que vivían en dentro de un matrimonio conservador, una de ellas queda embarazada, es descubierta por su padre, pierde al niño de forma natural y el padre amenaza a las dos hermanas, advirtiéndole que "si esto volvía a suceder iban a tener un castigo severo", iban a ser corridas de la casa. Pasando un tiempo la otra hermana queda embarazada, esconde el embarazo por 9 meses, da a luz sin que sus padres logren darse cuenta de ello, es así como solicita a su otra hermana que mate al niño para no ser descubierta - esto es un caso real-.

El Tribunal Federal alemán lo resuelve bajo la teoría del interés y establece que es autora la persona que tuvo interés -justamente- sobre la muerte de ese niño, la madre, pese a no haber cometido el acto material o la tipicidad objetiva de la muerte de ese niño. Por otro lado, establece

como cooperadora necesaria a la hermana que de hecho da muerte al bebe estableciendo una pena menor. En este punto nos damos cuenta de que con esa teoría nacen la teoría objetivo-formales.¹

4.3 Teorías objetivo-formales de autoría.

Es autor la persona que realiza el tipo objetivo, sabemos que existe categorías dogmáticas del delito tenemos tipicidad con una división entre lo objetivo y subjetivo. Esas teorías mencionaban que autor es la persona que realiza el objetivo con sus propias manos, desde la autoría directa si estaba bien, sin embargo, esta teoría no es suficiente porque si pensamos en delincuencia organizada o estructuras criminales, los jefes o capos, no realizan el tipo objetivo con sus propias manos – si nos ponemos a pensar por ejemplo en un cartel de droga, el capo no hace el sicariato-.

Esta teoría objetivo formal tiene estas fallas de carácter estructural cuando se trata de juzgar a los líderes de las organizaciones criminales y estructuras delincuenciales. Debido a estas surge la teoría del dominio del hecho que recogía lo objetivo y lo subjetivo. Roxin determina que es el dominio del hecho, en la relación de causalidad desde el funcionalismo penal tiene dos aspectos: i) la creación de un riesgo no permitido y ii) la provocación de un resultado que proviene de ese riesgo.

Roxin afirma que el dominio del hecho es el control absoluto que tiene una persona o varias personas respecto de esa relación de causalidad, no hace falta que una persona realice el tipo objetivo con sus propias manos, sino a través de objetos o personas se pueda concretar ese tipo objetivo. Este criterio del dominio del hecho determina al autor como “el amo y el señor del hecho”, a tal punto que una de las características es que tiene tal control este autor que en cualquier momento pueda declinar el acontecer causal y el resultado querido no se logre obtener. Entonces, autor es quien tiene control absoluto desde el comienzo de ejecución de esta relación de causalidad hasta la provocación del resultado utilizando el medio, objetos o personas.

5. Clases de autoría.

Clases de autoría son: i) la autoría directa, ii) la coautoría, iii) la autoría mediata, iv) la autoría mediata por aparatos organizados por poder y v) autoría y participación por infracción de deber.

5.1. Autoría directa.

¹ Recordar a las teorías dogmáticas del delito como la Tipicidad

En autoría directa podemos ir a aspecto objetivo formal porque el autor directo es aquella persona que domina el hecho y realiza el tipo objetivo con sus propias manos.

5.2. Autoría mediata.

En este supuesto existen dos sujetos que intervienen dentro de esta relación de causalidad existe el dominio del hecho por una de estas personas. El autor mediato es el que controla a una segunda persona que con sus manos realiza el tipo objetivo; sin embargo, quien realiza el tipo objetivo, ese autor inmediato, no es responsable penalmente, es utilizado como un "instrumento". Dentro de un tipo penal actúan bajo tres formas: son inimputables, actúan en error de tipo invencible o actúa en error de prohibición invencible, por ello no responden penalmente y quien responde es el autor mediato. Un ejemplo a ello sería cuando un padre quiere matar a su esposa y le dice a su hijo de 7 años que cuando él salga del departamento le dé un vaso de leche a su madre, el niño lo hace. La persona que mata no es el padre, es el niño, realiza el tipo objetivo.

5.3. Autoría mediata en el Derecho Penal económico.

En Derecho Penal económico, si cierta persona que tiene un cargo jerárquico superior utiliza a otra autoriza que firme un contrato que conlleva el haber realizado actos ilícitos, donde esta otra persona desconocía esta situación, lo que se debe hacer es analizar qué tan vencible o invencible es haber realizado la firma de este contrato. Si hay un error de tipo invencible, la persona se reduce a un instrumento. ¿Quién tiene el dominio del hecho? Lo tiene el autor mediato porque contra medios, objetos y personajes para realizar el tipo objetivo.

5.4. Coautoría.

Para que una persona sea coautora debe haber un plan global ex-ante, una preparación en la que todos los intervinientes conocen el resultado con cada una de sus intervenciones tiene que ser doloso y debe estar presente la existencia de el plan en el cual acuerdan cómo se van a dividir la realización de este hecho.

Todos los que intervienen cooperan para que ese resultado se pueda obtener. A la persona que se le imputa como coautor debe ser esencial en el cometimiento del delito, si no tienes ese aporte el plan se puede caer. Los que intervienen realizan su intervención en el momento de ejecución, cuando hablamos del iter criminis, existen fases hasta llegar al resultado, el requisito para que sea coautor es que intervengan en actos de ejecución.

5.5. Caso práctico.

Ocurre como ejemplo que si los sujetos A, B, C y D acuerdan robar un banco, con diferentes funciones. El sujeto A va a trasladar al banco; el sujeto B somete al guardia; el sujeto C va desactivar la alarma y el sujeto D extrae el dinero del banco. No hay el dominio del hecho por parte de una persona, todos tienen un dominio funcional respecto de su propia conducta. Todos responden como coautores, si uno no cumple su función el plan corre el riesgo de caerse, todos cumplen una función esencial.

Pero ¿Qué ocurre si el sujeto que desactiva la alarma es una persona que trabaja en el banco y lo hizo previamente el día anterior?, si pensamos en la coautoría, esa persona que desactiva la alarma debería responder como coautor o como determinar cuando comienza la ejecución del robo al banco. El comienzo de ejecución se da cuando se realizan los actos materiales de entrar a robar, esta persona que desactivó previamente la alarma no participó en la ejecución, por tanto, no es coautor, puede ser cómplice o cooperador necesario. Las penas no son la misma a un coautor o cooperador necesario.

5.6. Autoría mediata por aparatos organizados de poder.

Mayormente son utilizadas en casos de corrupción, Roxin afirma que esta teoría es creada para atribuir la responsabilidad a grupos organizados delincuenciales que pueden estar dentro del Estado o estructuras que se conforman fuera de la esfera de lo legal. A ello manifiesta que no está de acuerdo que se den en delitos de carácter empresarial o corrupción, hablamos de orden jerarquizado, de altos mandos, medio y bajos.

Entre los requisitos de la autoría mediata por aparatos organizados de poder es que las personas que forman parte de la organización sean fungibles, no hay necesidad que los mandos altos conozcan a los mandos medios o bajos que van a realizar el tipo objetivo, la fungibilidad – es muy claro Roxin- es cuando una persona puede ser intercambiable en una estructura de esta organización criminal, no importa quién es parte de la estructura siempre y cuando la persona que se coloca en un determinado lugar va hacer que la estructura funcione y si existe intercambio la organización no va tener clase de diferencia. Por un lado, durante las épocas del régimen nazi, si se cambiaba a una persona que comandaba el campo de concentración y ponía a otra, el campo de concentración seguir funcionando igual. Tiene una explicación, la persona que conforma la estructura criminal tiene un conocimiento previo de lo que va a realizar al conformar esta estructura criminal y debe estar dispuesto a formar parte de la estructura y cooperar

a que la estructura funcione de determinada manera. Esa organización se dedica a cometer delitos desde muy graves —como sicariato— o prestar a protección a ciertas personas que conforman la estructura criminal. En esto radica la fungibilidad, la persona sabe que puede ser intercambiable².

Hay discusión si esto se debe aplicar en los delitos de carácter empresarial o corrupción— Roxin ya ha dicho que no está de acuerdo—, En el caso Odebrecht, la fiscalía acusó por autoría mediata por aparatos organizados de poder, la Corte— se apartó de esto — por el tema de la fungibilidad.

6. Infracción del deber en la autoría y participación

La infracción del deber en la autoría y participación no es la infracción del deber objetivo de cuidado —que es parte de la tipicidad objetiva de un delito imprudente— tampoco es una infracción del deber de garante en los delitos de omisión—no estamos hablando de eso—. La infracción del deber, el profesor Roxin se da cuenta que existen presupuestos facticos donde el dominio del hecho no es suficiente para no dejar impunidad, se da cuenta en tipos penales especiales. Me explico, en Código Penal alemán que decía: "El funcionario que realice actos de tortura tendrá una pena privativa de libertad de tal a tal"

6.1. Caso práctico.

Roxin plantea el siguiente presupuesto: ¿Qué pasa si ese funcionario militar solicita a un civil que realice actos de tortura sobre una tercera persona? , ese presupuesto sobre el dominio del hecho —si se analiza de forma detenida— el dominio del hecho no alcanza porque si el funcionario militar solicita a un tercero que haya militar quien domina el hecho no es el militar, el civil no es inimputable, es una persona consciente que cabe que el militar le está pidiendo que realice actos de tortura, de igual manera no puede responder por el militar porque no cumple la clasificación de sujeto activo de ser militar. Este caso dejaría vacíos de punibilidad.

Roxin plantean que existen tipos penales y a través de ellos se emanan deberes extrapenales, posteriormente es denominado deberes de carácter social, de protección respecto de un bien jurídico. Está la obligación de proteger determinado bien jurídico, cuando realizas una conducta en contra de esa protección, eres autor porque infringes un deber de protección. El dominio del hecho pasa a ser irrelevante cuando analizas la infracción del deber.

² Leer Autor y dominio del hecho de Claus Roxin, el asocia a las personas que forman parte de la organización como engranaje para que la organización funcione igual.

6.2. Infracción del deber en los delitos de administración pública

Los tipos penales que protegen la administración pública —como el cohecho, el peculado, entre otros— tienen implícitos estos deberes de carácter social donde vinculan al funcionario de carácter público la obligación de proteger el bien jurídico de la administración pública, cuando el funcionario no realiza este deber entonces responde por autor de infracción de deber, no por el dominio del hecho. En estos tipos penales el dominio de hecho es irrelevante. Si el funcionario no cumple con el deber de protección entonces se pueden atribuir la autoría por infracción del deber.

7. Caso práctico.

Para concluir les quiero plantear un caso, sucedió en Alemania, el caso es el siguiente: Madre manda a su hija a la escuela, en ese momento entra el amante a su casa; la niña encuentra a la madre con el amante, la madre solicita al amante que mate a la niña para que no se entere su esposo —efectivamente— el amante después de dos días da muerte a la niña. Obviamente el amante es juzgado por homicidio calificado bajo la figura del homicidio de hecho- no hay muchas vueltas que darle ahí- la pregunta es: ¿La madre por qué responde?

Bajo la estructura del dominio del hecho la madre no es autora directa, no es coautora, no es autora mediata. El órgano jurisdiccional plantea que hay dos autores: el amante bajo el dominio del hecho y la madre infringe el deber de protección al haber realizado esa conducta. Es una forma de autoría por haber infringido este deber protección respecto del bien jurídica vida. Tengo dos autores dentro del cometimiento del delito que tiene un solo resultado, pero a uno le atribuye responsabilidad por dominar el hecho y a la otra como autora por infracción de deber y los dos responden como autores.

8. Respuesta a las preguntas del público

8.1 ¿Si se cometió un delito por coacción puede considerarse como autor?

No - dependiendo la coacción o la amenaza- si hablamos de la persona que está siendo coaccionada bajo un contexto físico de amedrentamiento o psicológico podríamos llegar a considerar que existe autoría mediata porque esta persona está actuando bajo circunstancias de violencia o amenaza psicológica, siempre y cuando – dentro de la doctrina- este el medio insuperable. El miedo insuperable -básicamente- es tu sometes o mermas

la voluntad de una persona por una coacción de carácter psicológico y esto exime de responsabilidad penal no porque hayas dejado la tipicidad de la antijuricidad sino porque no eres culpable, no cumples la categoría dogmática de culpabilidad. Si se llega a comprobar que una persona cometió el delito bajo una figura de miedo insuperable, no puedes atribuirle responsabilidad pena porque esa persona estaría actuando bajo la estructura de la autoría mediata, no es responsable penalmente y está siendo utilizada como un instrumento por otra. Quien va a responder es quien realiza la coacción o los actos de amenaza – de esta manera podría ser solucionado-

Concurso de delitos*

Rosario Solange Palacios Meléndez**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Concurso de delitos / 2.1. Concurso ideal / 2.1.1. Concurso ideal heterogéneo / 2.1.2. Concurso ideal homogéneo / 2.2. Concurso real / 2.2.1. Concurso real heterogéneo / 2.2.2. Concurso real homogéneo / 3. Doble examen de validación / 4. Concurso real retrospectivo / 5. Conclusiones / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El concurso de delitos suele ser un tema abandonado en lo que concierne a la disertación de diversos temas jurídicos, es abandonado porque no se trata y por ser netamente operativo.

Sin embargo, esto no quiere decir que es prescindible, sino todo lo contrario, en el desarrollo de derecho penal es necesario conocer la operatividad de este concepto, como también saber conceptualizar adecuadamente un concurso ideal o un concurso real, los cuales son completamente ajenos al derecho concursal.

La problemática que aborda el concurso de delitos consiste en determinar al concurso ideal heterogéneo cuando existe una unidad de acción o una pluralidad de resultados. Al respecto podemos citar la Casación N° 305-

* Ponencia virtual llevada a cabo en Curso Especializado En Fundamentos Del Derecho Penal y Parte General - Curso Especializado En Derecho Penal Parte Especial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 13 al 16 de febrero del 2023.

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría con mención en ciencias penales, Derecho Penal y Procesal Penal. Especialista en Derecho Penal referido a procesos de Lavado de Activos, Criminalidad Organizada y Corrupción de funcionarios. Especialización en Prevención y represión del Blanqueo de Dinero por la Universidad Santiago de Compostela – España. Docente especialista en Derecho Procesal Penal. Socia fundadora de P & P Consultores.

2021, Lambayeque, el cual nos permite comprender los diversos concursos de delitos que existen y las diversas consecuencias que se derivan a través de una tesis conjunta.

Para ejemplificar mejor este tema podemos tomar de ejemplo a "Lenin" y "Junior", quienes asistieron a una capacitación, luego se fueron al banco a retirar dinero y después a beber; aproximadamente a las 21:00 horas abordaron un taxi, el cual fue interceptado por un vehículo del cual sus ocupantes descendieron y obligaron a Lenin y Junior a subir a la mencionada unidad, es aquí donde les coaccionan para que entreguen sus pertenencias, como el dinero que retiraron del banco, DNI, celulares y sus tarjeta, las cuales fueron obligados a proporcionar la clave; ante la negativa de las víctimas estas fueron agredidas y privados de su libertad desde las 21:00 horas hasta las 5:20 horas del día siguiente. Tras una persecución se detuvo a los delincuentes juntamente con los agraviados.

Por los hechos descritos en este caso surgió la necesidad de determinar qué escenarios concursales se dan entre el delito de robo y secuestro, porque en este caso la fiscalía formuló acusación por robo agravado (pluralidad de objetos) y secuestro agravado (secuestro extorsivo, ya que fueron obligados a dar la clave de su tarjeta). Con base a esa acusación fueron condenados a 30 años de cárcel y el pago de 20 mil soles por concepto de reparación civil. Mediante la sentencia de primera instancia se tenía que determinar si se dio en un escenario de concurso ideal, concurso aparente o concurso real; por ello, es importante reconocer cuál es la diferencia y determinar cuál sucede en los distintos escenarios.

2. Concurso de delitos

Se refiere a la acumulación de consecuencias delictivas ocasionadas por uno o por varios hechos con que pueden dar una errónea tipificación o una indebida multiplicación de sanciones penales.

2.1. Concurso ideal

Es conocido como concurso formal y aquí se trata de la comisión de múltiples delitos, dos o más como consecuencia de una única acción. En síntesis, debe de reconocer dos elementos: unidad de acción y pluralidad de delitos.

2.1.1. Concurso ideal heterogéneo

Ocurre cuando existe una pluralidad de delitos, los cuales lesionan una pluralidad de bienes jurídicos afectados que pueden pertenecer al mismo sujeto o a varios, es decir, una sola acción genera varios hechos delictivos¹.

¹ Por ejemplo, Juan lanza una granada y mata a Pedro, pero a su vez causa daño; esto incurre a dos tipos

2.1.2. Concurso ideal homogéneo

Se refiere a un solo tipo penal a la vez, esto significa que se cometen delitos de un solo tipo a partir de una sola acción. Entonces cuando se hace referencia a concurso ideal no necesariamente debe ser el mismo delito pluralmente, pueden ser diversos delitos o pueden ser el mismo delito, lo determinante será la unidad de la acción.

Lo más importante, en alusión al tema de concursos, son las consecuencias que existen; la primera, hace referencia a la pena a imponer, por ejemplo, cuando el juez hace la determinación judicial de la pena en un delito donde hay concurso ideal, el juez no va a aplicar la pena conminada solamente, o solamente una de las penas o las va a sumar, la consecuencia en el concurso ideal es que se reprime hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que ningún caso pueda excederse de treinta y cinco años; la segunda consecuencia, se refiere a la prescripción de la acción de la pena, que se realiza cuando el delito más grave prescribe ocasionando que prescriban los demás delitos, es decir, prescriben todos juntos, es diferente mencionar que van prescribiendo por separado². Finalmente, la tercera consecuencia tiene que ver con la investigación y juzgamiento que se tiene que realizar de manera conjunta de los dos o más delitos cometidos en concurso ideal para que se aplique la solución de manera correcta.

2.2. Concurso Real o material

En el concurso real se enfrentan una pluralidad de hechos punibles que a su vez cometen varios delitos, pero por un tema de economía procesal, de unidad de juzgamiento, se tratan y se sancionan conjuntamente. Los presupuestos que este abarca son los siguientes: unidad de autor, pluralidad de acciones y pluralidad de delitos.

2.2.1. Concurso real heterogéneo

Este concurso abarca delitos de distinta especie, por ejemplo, un autor que un día roba, otro día comete un asesinato, otro día comete una violación, otro día comete una falsificación; o en todo caso que realice todo esto un mismo día, pero en diferentes momentos, es así que los ejemplos mencionados se circunscriben al concurso real heterogéneo.

2.2.2. Concurso real homogéneo

penales distintos, con ello se tendrá un concurso ideal heterogéneo. En cambio, Juan lanza una granada y mata a 20 personas, se incurriría a un concurso ideal homogéneo.

² Por ejemplo, en un delito de asociación ilícita agravada.

Todos los delitos corresponden a una misma especie, por ejemplo: un asesino serial, que mata reiteradamente, o lo mismo con un violador serial. Es así que es bastante similar al concurso real heterogéneo, sin embargo, la diferencia radica en que en este concurso hay pluralidad de delitos.

Las consecuencias que genera el determinar que un hecho califique como concurso real, son que en ese caso no se aplicará la sanción del delito más grave sino por el contrario las penas se van a sumar. El juez va a realizar una operación aritmética independiente por cada tipo penal y realizará unas penas parciales que finalmente va a sumar; y esa determinación judicial de la pena en el caso de concurso real originó que los jueces se preguntaran de cómo es que se hace la aplicación de la pena en concurso real.

Es por ello, que la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2009 se pronunció sobre la determinación de la pena y el concurso real del delito, estableciendo que se tiene que seguir un procedimiento de determinación judicial de la pena. En primer lugar, se debe identificar una pena básica para cada tipo penal incriminado; en segundo lugar, establecer una pena concreta mediante el sistema de tercios.

Por ejemplo, supongamos el caso de hurto de un vehículo y el tráfico ilícito de drogas, la pena básica en el hurto agravado de un vehículo es de cuatro a seis años, pero eso es solo el primer paso; el segundo paso es establecer la pena concreta mediante el sistema de tercios, ya sea el tercio inferior, medio o superior, una vez determinado el tercio correspondiente es necesario realizar la determinación específica, por ejemplo, se solicitarán cuatro años de pena parcial por el delito de hurto.

Entonces, es esencial conocer cuál es el límite mínimo y máximo de la pena básica para poder llegar finalmente a la penalidad combinada, además, para llegar a la pena concreta se tienen que entender las circunstancias correspondientes o concurrentes en su comisión para determinar y concretar la pena aplicable en determinado caso, esta primera etapa se tiene que repetir tantas veces como delitos se hayan cometido, el juez tiene que hacer una operación por cada hecho, como si cada hecho se sancionará de forma única, no puede hacer una valoración única para la determinación judicial de pena. Finalmente, el juez tendrá sus penas parciales y las va sumar, el resultado total de esta suma será la pena total del concurso real para que después pueda realizar un doble examen de validación.

3. Doble examen de validación

El juez realizará un doble examen de validación. En primer lugar, debe de verificar que la pena concreta final no exceda los 35 años de pena privativa

de libertad, si es que se trata de una pena temporal, y que tampoco exceda al equivalente del doble de pena concreta parcial establecida para el delito más grave. Por ejemplo, un imputado que ha cometido distintos delitos en donde el delito más grave está condenado por 15 años, pero a su vez tiene diez delitos más, cada uno con una pena concreta parcial de 2 años, es decir, 20 años.

En este caso el primer filtro es superado con éxito, pero el segundo no es superado. En ese caso, en el cual el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de estos dos límites, el exceso se reduce hasta el límite correspondiente; en el ejemplo planteado se reduciría a 30 años, pero ese es el primer examen de validación: que no exceda los 35 años y que no supere el doble de la pena concreta del delito más grave. El segundo examen de validación debe de cotejar que ninguna de las penas parciales haya arrojado cadena perpetua porque en el caso que suceda, esta va a desplazar a todas las otras penas y en el caso que existan más de un delito con cadena perpetua parcial, estas no se suman, es decir, no son acumulables.

El concurso real de delitos origina las siguientes consecuencias: La primera, las penas se suman con los límites del examen de doble validación del Acuerdo Plenario ya mencionado.

La segunda, gira entorno a la presunción de los delitos, ya que aquí se trata de delitos independientes, delitos que cada uno de ellos va a llevarse a cabo y solamente por un tema de economía procesal se juzga de manera conjunta, entonces la prescripción en este tipo de concurso es que cada delito prescribe de forma independiente con el pasar del tiempo, esto ocasiona que se archiven extremos y; finalmente vayan quedando uno o dos delitos no prescritos ocasionado que continúe existiendo concurso real, en el caso de que solo quede un delito ya no habrá concurso real porque ya no podrán realizarse las operaciones que se exigen.

La tercera, se refiere a que su investigación y juzgamiento, al igual que en el concurso ideal, se realiza de manera conjunta, por lo tanto, en concurso de delitos es importante determinar ello.

4. Concurso real retrospectivo

Este se aplica cuando después de una sentencia condenatoria se descubre otro hecho punible cometido antes de la sentencia por el mismo condenado, es decir, una persona fue juzgada por un hecho, sin que existiese concurso, y es condenado, pero cuando ya está en ejecución dicha sentencia, el sujeto condenado es notificado de que hay otra investigación en su contra y esta investigación es sobre un hecho que cometió antes de la sentencia.

En primer lugar, se debe someter a proceso penal en el cual habrá una determinación judicial de la pena y esta será como la nueva pena parcial que se va a sumar con la pena anterior del proceso ya condenado; en segundo lugar, esto ocasionará que se realice nuevamente el doble examen de validación especificado líneas arriba.

Después de ya conocer estos conceptos, es necesario analizar la Casación N.º 305-2021, en donde se dan los escenarios concursales entre robo y secuestro. En este caso es importante identificar si es que es de concurso real o concurso ideal. La Corte Suprema planteó tres escenarios: posible concurso aparente, concurso ideal y concurso real

5. Conclusiones

El concurso de delitos es un tema que está algo "abandonado" en las disertaciones en eventos académicos y esto se debe a que su forma de aplicar corresponde a un hacer poco funcional. Sin embargo, esto no es un hecho para que deje ser importante en el estudio del Derecho Penal, ya que su trascendencia radica en que permite determinar las penas a hechos sancionados por la ley. Además, con el pasar del tiempo ha ido evolucionando hasta llegar a lo que hoy se conoce, como lo son los concursos ideales, los concursos reales y los concursos reales retrospectivos.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿Existen algunas circunstancias especiales en las que el concurso de delitos no se aplique en el Perú?

No existen, realmente el tema de concurso va más por el lado del primer filtro, de determinar que no se trate de un concurso aparente de leyes. El concurso de delitos siempre será aplicado, es decir, no hay circunstancias especiales, no hay casos o delitos en los cuales no se admiten concursos. Por lo contrario, es algo que definitivamente se tiene que aplicar, cuando hay más de un delito cometido que se está llevando a juicio se tiene que verificar y precisar en la disposición de formalización de investigación preparatoria y posteriormente en la disposición de requerimiento acusatorio.

6.2. ¿Existen diferencias entre el concurso de delitos de la acumulación de penas y el concurso de leyes o del delito continuado?

En primer lugar, el delito continuado es una figura particular del concurso real, pero está sujeta a un tratamiento penal más favorable porque cuando se trata de varias vulneraciones a la misma ley penal sería un concurso real homogéneo; existe una unidad de designio criminal, pluralidad de actos

individuales realizadas por un mismo autor, pero cada uno de estos actos realiza por sí mismo un hecho ilícito típico similar, al cual se le considera como un hecho único, no se le da como si fuera un concurso³. Entonces el delito continuado, por este lado, es favorable al imputado.

En torno a la diferencia entre concurso de delitos y concurso aparente de leyes, este último es un paso previo que se tiene que realizar, frente a diversas vulneraciones de tipos penales lo primero que se tiene que determinar es si es que existe realmente concurso de delitos o solo un concurso aparente de leyes⁴.

6.3. ¿Cuál es la diferencia entre el concurso real retrospectivo y la refundición de la pena? ¿Cuál es la diferencia entre reincidencia y habitualidad?

Concerniente a la primera pregunta, la refundición de pena era un trámite que se hacía antes de que se modifique el Código Penal porque está significaba que cuando se tiene varios procesos y tiene que eliminar algunas penas para quedarse con solo una, pero lo que se hace ahora es sumar, entonces el trámite ya no sería de refundición de pena ante un concurso real retrospectivo sino un trámite de unificación de penas.

En lo concerniente a la segunda pregunta, la reincidencia es la comisión por una misma persona de varios delitos en un lapso de 5 años. En la reincidencia, la persona tuvo que haber sido condenada previamente en un lapso de 5 años por dos tipos penales, dos delitos y es una circunstancia agravante cualificada según el Código Penal.

Por otro lado, la habitualidad se trata de, por ejemplo, de que tres investigaciones que ya están judicializadas en el lapso de 5 años y también es una circunstancia agravante cualificada según el Código Penal.

³ Por ejemplo, en el Callao un juez logró matricular vehículos que llegaban de contrabando, 8 vehículos en el lapso de 6 meses y se aplicó una pena única como delito continuado como si fuera un solo hecho porque era el mismo designio criminal.

⁴ Por ejemplo, una madre asesina a su hijo de un mes de edad, ¿Qué delito cometió?, ¿cometió más de un delito? Puede haber cometido parricidio, infanticidio o incluso homicidio simple; aquí la madre solo cometió un delito y será determinado por el principio de especialidad, es decir, se tomará el delito que cubra de manera más amplia los hechos denunciados

Delito de colusión en los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema*

Jimmy Sotomayor Herrera**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La teoría de infracción de deber aplicada al delito de colusión / 3. Apuntes importantes sobre el delito de colusión / 4. Últimos pronunciamientos de la Corte Suprema sobre delitos de colusión / 4.1. Recurso de Nulidad N°881 - 2018 - Pasco / 4.2. Casación N°1626 - 2018 - San Martín / 4.3. Recurso de Nulidad N°1318 - 2012 - lima / 4.4. Recurso de Nulidad N°1969 - 2012 - La Libertad / 4.5. Recurso de Nulidad N°2299 - 2017 - Ancash / 5. Caso de Álex Kouri Bumachar / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El presente artículo abordará el delito de colusión, que actualmente se considera —de entre los delitos de corrupción de funcionarios— como el más frecuente en las fiscalías.

El delito de colusión se encuentra regulado en el artículo 384 del Código Penal, y para empezar a tratarlo es importante recordar brevemente cuál es la conducta que se sanciona en el mismo Código Penal respecto al delito en cuestión: el acuerdo, entiéndase por este aquel tipificado, sancionado y no cualquier tipo de acuerdo, sino aquel que ocurre entre un funcionario público y un particular en el marco de una contratación estatal; lo que se sanciona en el delito de colusión es, consecuentemente, el acuerdo ilegal y

* Ponencia virtual llevada a cabo en el Curso especializado en fundamentos del derecho penal y 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 Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe del área penal del estudio jurídico Arbizu&Gamarra. Segundo título a nombre de la nación con mención de segunda especialidad en Prevención y Control de la Corrupción por la PUCP. Conferencista y capacitador en diversos eventos a nivel nacional e internacional en países como Colombia, Paraguay, Bolivia y México.

clandestino que tiene el funcionario público con el particular para defraudar al Estado dentro de una contratación estatal.

A fin de entender mejor qué se sanciona y regula en el delito de colusión, se pone de relieve el siguiente ejemplo: en el supuesto de que el alcalde de San Miguel quiera reconstruir pistas y veredas de su distrito; es por la cantidad de dinero que implica la realización de esa obra que se requiere presentar un concurso público, de manera que el mejor postor pueda asumir la correspondiente licitación, como indica la Ley de Contrataciones con el Estado. En ese contexto, si el alcalde se pone de acuerdo con uno de los participantes para favorecerle en la consecución de la licitación, se trata de un acuerdo que se realiza en desmedro de los demás participantes del concurso público y, además, en desmedro de los intereses del Estado, en ese sentido y en el acaecimiento de lo señalado, se evidenciaría el delito de colusión.

2. La teoría de infracción de deber aplicada al delito de colusión

En el marco de cuál es la teoría que debe ser aplicada a los delitos de colusión, se indica que esta debe ser la correspondiente a la de infracción del deber. En ese sentido, Jakobs —pero, primero Roxin— postula que lo importante para definir la autoría en los delitos de colusión es la identificación de la persona que tiene el deber de salvaguardar el bien jurídico. Se asocia la teoría de la infracción del deber al caso de los funcionarios públicos, que tienen deberes previamente establecidos en el ROF (Reglamento de Organización y Funciones) y en el MOF (Manual de Organización y Funciones).

Así, un alcalde que, por ejemplo, tiene el deber de velar por los intereses y las arcas de la municipalidad —actuando de manera imparcial— será plausiblemente considerado como autor del delito de colusión siempre y cuando su conducta coincida con la sancionada por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal —referente al acuerdo ilegal o clandestino— y, consecuentemente, se pueda evidenciar en su actuar una infracción al deber.

3. Apuntes importantes sobre el delito de colusión

En la doctrina y la jurisprudencia, al delito de colusión se le conoce como un delito de encuentro, justamente correspondido por el verbo rector del tipo penal, que es el que se pone de acuerdo —o el que concertando— donde hay un encuentro de voluntades, que es el del funcionario público con el tercero interesado.

Por otra parte, al delito de colusión se le denomina delito de participación necesaria, puesto que, generalmente, solo son los funcionarios públicos quienes pueden ser atribuidos de autoría en los delitos de corrupción de funcionarios y delitos de infracción de deber; por la misma razón de que solo ellos tienen deberes para con el Estado. En ese sentido, aparece desde hace muchos años —tanto en Roxin como en Jakobs— la cuestión acerca de qué sucede con el tercero interesado en los delitos de colusión y cómo se considera su conducta respecto a lo punible, lo típico y lo orientado a responder penalmente.

Al respecto, la respuesta que ha ofrecido la doctrina y la jurisprudencia respecto a esta interrogante es que, si bien es cierto no serán considerados autores, no existe impedimento alguno para que los terceros implicados respondan en calidad de cómplices —o partícipes— del delito de colusión. En base a esto, se reafirma al delito de colusión como delito de participación necesaria, en el sentido de que indefectiblemente debe existir una segunda persona al autor —llámese tercero interesado, extraño u empresario— que se pone de acuerdo con este, constituyendo lo que sería un tipo específico de participación: la complicidad, que además refleja al tercero interesado como un cómplice primario.

4. Últimos pronunciamientos de la Corte Suprema sobre delitos de colusión

Antes de pasar con las resoluciones de la Corte Suprema, en primera instancia, se pone de relieve la consideración sobre el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal de manera que se puedan realizar algunas precisiones.

El artículo en mención señala que existe una diferencia entre el delito de colusión en su tipo base y el delito de colusión en su tipo agravado. La primera categoría aplica a quienes se ponen de acuerdo para defraudar al Estado, entiéndase esto no como una defraudación patrimonial, sino —como indica el primer párrafo del artículo 384— a una defraudación a la imparcialidad contractual del Estado; es decir, ocurre cuando un funcionario público decide una contratación velando por intereses ajenos a los del Estado. Por lo tanto, cuando los intereses del Estado —que están dirigidos a conseguir la mejor contratación posible— no son correspondidos por el funcionario público, y más bien se demuestra que este responde a intereses particulares en concertación con terceros, se estará ante el delito de colusión.

Por otra parte, en el segundo párrafo del artículo citado se hace referencia al tipo de colusión agravado, en el cual cuando se da la existencia de una

defraudación patrimonial al Estado se le refiere como agravante del delito de colusión.

Por ejemplo, si el alcalde de San Miguel, en previa concertación y en desmedro de los otros participantes para la licitación, contrata a la empresa de su mejor amigo para construir obras y dicha empresa realiza un buen trabajo; es decir, este cumple con todos los estándares de calidad y el precio de mercado, de todas maneras, se estaría cometiendo el delito de colusión, ya que el funcionario público estaría defraudando la imparcialidad contractual del Estado. No obstante, sí importará la defraudación patrimonial en aquellos casos que el fiscal quiera imputar colusión agravada.

Cabe indicar que las penas entre ambos tipos de colusión son diferentes: en la colusión de tipo base la pena tiene un máximo de 6 años; en cambio, para la de tipo agravado se podría llegar a una pena de hasta 15 años. Estas precisiones acerca del delito de colusión de tipo base y agravada son importantes para desarrollar lo que es la primera resolución de la Corte Suprema a tratar en el artículo.

4.1. Recurso de Nulidad N.º 881 - 2018 - Pasco

En este recurso de nulidad se ha señalado que es imprescindible realizar una pericia contable en el delito de colusión, de manera que no es posible imputar ni sancionar a un funcionario público o a un tercero particular por delito de colusión agravada si es que no se ha realizado u incorporado dentro del proceso penal la pericia contable.

Este recurso de nulidad contempla consideraciones muy valiosas para aquel abogado que ejerce la defensa privada, pues si —por el motivo que fuese— a uno de sus clientes se le imputa colusión agravada sin haberse realizado la pericia contable dentro de la investigación, entonces el proceder de la imputación sería inadecuado al no existir la posibilidad científica de probar el perjuicio patrimonial en contra del Estado —que es un efecto de la pericia contable— y, consecuentemente, no habría posibilidad de sancionar a la persona en cuestión por el delito de colusión agravada.

4.2. Casación N.º 1626 - 2018 - San Martín

Se hace hincapié en que la teoría aplicable a los delitos de corrupción de funcionarios —en general— es la teoría de infracción de deber, en el sentido de definir la autoría del delito considerando quién tiene el deber y no bajo el verbo rector del tipo penal —que abarcaría la conducta de ponerse de acuerdo— correspondiente al particular caso del delito de colusión. En ese sentido, la Corte Suprema —mediante la Casación N.º 1626 - 2018 - San

Martín— ha señalado que no hay posibilidad, en términos jurídicos, de contemplar un supuesto de coautoría en el delito de colusión.

Por ejemplo, en un homicidio es posible la coautoría, diferente caso ocurre en los delitos de corrupción de funcionarios por la razón de que los deberes en estos son individuales y personalísimos, de manera que no existe — en la administración pública — algún deber que sea compartido: cada funcionario tiene un deber especial que cumplir en el proceso de adquisición o contratación, por lo tanto, su infracción es imposible de compartir.

4.3. Recurso de Nulidad N°1318 - 2012 - Lima

Este recurso de nulidad desarrolla lo previamente establecido respecto al tipo base de colusión, en el sentido de señalar que no se requiere de perjuicio patrimonial para la consumación del delito de colusión, condición que; por otra parte, sí será necesaria propiamente para el delito de colusión agravada. Basta con que se infrinja el deber de imparcialidad en el actuar funcional; asimismo comprobado con la concertación entre el funcionario público y el tercero interesado para tipificar el delito de colusión.

4.4. Recurso de Nulidad N°1969 - 2012 - La Libertad

Este recurso de nulidad resulta fundamental para ejercer defensa, pues ocurre muchas veces que la Fiscalía imputa delitos no solamente por hacer algo, sino también por omitir una persona la realización de un acto específico que debió haber realizado en el correspondiente marco de sus funciones. Se establece en el Código Penal que los delitos no solamente se comenten con acciones sino también con omisiones. En ese sentido, se contempla, por ejemplo, que un delito de homicidio no solo puede ser sancionado por la comisión de un acto, sino también por la atribución de omisiones punibles, aquellas que son relevantes y le corresponde realizar a la persona que en el derecho penal se le denomina de deber de garante.

Se tiene el ejemplo de un enfermero encargado de cuidar a un paciente que tiene una enfermedad solamente controlable por la aplicación diaria de una inyección, para el caso que al enfermero se le olvide o simplemente no desee aplicar la inyección y el paciente termine muriendo por esta razón, se podrá imputar el delito de homicidio al enfermero dado que la omisión es relevante, en el sentido de que la muerte no hubiese ocurrido si se aplicaba la inyección diaria correspondiente.

Cabe hacer la excepción de que las omisiones punibles no les corresponden a las personas que no tienen deber de garante. Tal es el caso, por ejemplo, de un abogado que no aplica la inyección necesaria para salvar la vida de

un anciano, lo que termina en la muerte de este incluso cuando se tenía la inyección a disposición; sin embargo, no se podrá imputar el delito de homicidio por omisión pues para el caso en concreto, el abogado no tenía posición de garante.

La relevancia de las omisiones punibles y los correspondientes ejemplos mencionados reposa en el hecho de que el funcionario público tiene el deber de garante, pues deben garantizar el cuidado de los bienes jurídicos. En ese sentido, las omisiones del funcionario público son relevantes penalmente; no obstante, se considera —mediante el recurso de nulidad N°1969 - 2012 - La Libertad— que no hay posibilidad de cometer colusión por omisión, pues se fundamenta la importancia del verbo rector —la concertación— como rasgo distintivo y, asimismo, hecho constitutivo del tipo penal. Por lo que resulta indefectible la realización de alguna acción o maniobra si es que la Fiscalía quiere imputar el delito de colusión.

4.5. Recurso de Nulidad N°2299 - 2017 - Ancash

Se tiene el caso de un funcionario público encargado de la licitación de una determinada obra, que llama y convoca a una reunión a uno de los postores con el objetivo de establecer los puntos sobre los cuales se va a acordar el favorecimiento ilícito. La relevancia de este supuesto es identificar la consumación del tipo penal de colusión, que para el caso concreto todavía no se ha realizado al no evidenciarse el momento de la concertación aún.

Se acentúa la importancia del supuesto al evidenciarse, en la práctica, muchos casos en los cuales se han puesto de acuerdo dos personas —funcionario público y particular— para la licitación de una obra que; sin embargo y antes de su ejecución, se descubre como producto de un acuerdo ilícito. En ese sentido, la Corte Suprema, en el recurso de nulidad N°2299 - 2017 - Ancash, ha señalado que no importa si la obra llegó a ejecutarse o no, tampoco si se ha llegado a cobrar una coima o si ya se desembolsó el dinero del Estado en favor del particular; el tipo penal se habrá consumado en el instante en el cual se pusieron de acuerdo el tercero interesado y funcionario público. Se concluye entonces que, desde el punto de vista dogmático y académico, el tipo penal se consume con la sola concertación.

5. Caso de Álex Kouri Bumachar

Situando los hechos en contexto, el ex gobernador regional del Callao, Álex Kouri Bumachar, fue sancionado por el delito de colusión solo recayendo sobre él la sanción; cuestión que, en primera instancia, contradice la consideración del delito de colusión como delito de participación necesaria y como delito de encuentro.

La Corte Suprema, en observación del antiguo código de procedimientos penales, sancionó a Álex Kouri Bumachar individualmente, señalando que en el caso correspondiente a la entrega del peaje de Faucett sí existe un cómplice—implicando el delito de participación necesaria y, asimismo, el delito de encuentro— pero que; sin embargo, todavía no han sido identificado. Es más, la Corte Suprema señaló la remisión de copias a la Fiscalía con el objetivo de que se investigue quién fue el tercero no identificado, reafirmando en el proceso la sanción a Kouri.

El caso descrito constituye una vulneración al derecho a la defensa y al principio de imputación necesaria, pues no existe forma de que alguien se defienda eficazmente de una imputación de colusión si es que mínimamente no se notifica quién es el cómplice con el que supuestamente se ha concertado. En ese sentido, no se ofrecen las condiciones mínimamente necesarias para la defensa del investigado, como podría ser por ejemplo el efectivo manejo de las preguntas aristotélicas —el cuándo, el dónde y el por qué— formuladas por el acusado y absueltas por la Fiscalía: se considera que el fiscal no puede imputar colusión si es que no está en la capacidad de identificar al cómplice con el que —presuntamente— se ha concertado.

En el presente artículo, se considera este caso como una de las peores sentencias de la Corte Suprema respecto a los delitos de colusión. La sentencia se confirmó en segunda instancia, asimismo se presentó un habeas corpus rechazado en más de una ocasión; actualmente, el caso se encuentra en el Tribunal Constitucional, mientras que Kouri, ha sido puesto en libertad tras cumplir su pena, lo que no impide que el ex gobernador regional del Callao siga reclamando sus derechos en la medida que se le está pidiendo que pague una indemnización en favor del Estado por más de veintiocho millones y se considere a sí mismo, por lo anteriormente descrito, como sujeto de una injusticia tras ser condenado de manera ilegal.

Se concluye que, efectivamente, Álex Kouri fue condenado de manera ilegal, considerando que la legalidad viene dada por el tipo penal, que señala en su verbo rector concertarse —ponerse de acuerdo— y, vale mencionar, no hay forma de que una persona se ponga de acuerdo sola. Asimismo, no se puede señalar que un funcionario se ha puesto de acuerdo con una persona que va a ser identificada, primero debería proceder la identificación y, recién identificado el partícipe, procede la sanción.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿El delito entonces no admite tentativa? o si la admitiera podría dar un ejemplo.

Para responder esta pregunta, primero debemos tener claro qué es "tentativa". La tentativa es el inicio de la ejecución de un delito que no termina por conformarse, ya sea una tentativa acabada o inacabada; entiéndase una tentativa acabada cuando se ha realizado todos los actos de ejecución e inacabada cuando faltó por lo menos acabar un acto de ejecución

Como ejemplo, teniendo en cuenta que el verbo rector del tipo penal 384: colusión, es "ponerse de acuerdo"; si un funcionario público planea reunirse con un empresario en cierto momento y lugar con propósitos ilícitos, pero nunca se reúnen, ¿habría tentativa?, procesalmente es imposible probar eso. Si en el ejemplo, ambos se sientan y se ponen de acuerdo, entonces ya se consumó el tipo penal. En mi concepto, no hay tentativa de colusión, nada más existe consumación del tipo penal respecto a este delito.

6.2. ¿Qué opina del caso "Vacuna Gate" respecto de los extraños que salieron beneficiados?

Antes que nada, me gustaría hacer recordar que para la consumación del delito de colusión no es requisito que salgan beneficiados ninguna de las partes; es decir, el beneficio no es un elemento ni es un agravante del tipo penal.

Entonces, ¿el beneficio para qué nos sirve? el beneficio, en estos casos, es un indicio que ayuda a las investigaciones para ubicar los posibles casos de colusión, facilitando a la Fiscalía para que realice mejor su labor investigativa.

6.3. ¿Cuándo un alcalde, un gerente o un presidente regional tienen la capacidad de cometer un delito de colusión por medio de su autoridad?

A partir del caso "César Álvarez", el cual fue la primera sentencia respecto a los delitos de Odebrecht, se ha establecido que los representantes o cabezas de las instituciones públicas tienen el deber de supervisar las contrataciones que se hacen en su entidad. Como consecuencia, el alcalde, el gobernador, etc, ya no puede salir impune argumentando que no sabía o no estaba de acuerdo con las contrataciones en investigación.

Se tiene como indicio de colusión el supuesto caso de una designación tendenciosa por parte de una cabeza de institución para la conformación del comité de selección.

Además, si el alcalde, por ejemplo, no ha participado directamente en procesos de contratación, sino que son los miembros del comité de selección los que eligieron al ganador, quién casualmente guarda una estrecha re-

lación con el alcalde; entonces, estamos nuevamente en presencia de un indicio de colusión.

Se mencionó el caso del gobernador de Ancash al inicio a razón que es gracias a su resolución que ahora las instituciones públicas sí responden por el delito de colusión a pesar de no tener deberes específicos; pero sí deberes genéricos, es decir, el funcionario está obligado a supervisar mínimamente. Recordar también que la falta de dicha supervisión no se condena por colusión, si no que se investigará por sospecha de acuerdo colusorio.

Contaminación ambiental*

Bertho Menacho Ortega**

Universidad Internacional de La Rioja - España

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Libro “Primavera Silenciosa” / 3. Derecho Penal Ambiental / 3.1. Ecocéntrico / 3.2. Antropocéntrico / 3.3. Ecoantropocéntrica / 4. ¿Cuándo se considera un delito ambiental? / 5. ¿Cómo se identifica y sanciona un delito de contaminación ambiental? / 6. Caso: Derrame de Petróleo en Ventanilla / 6.1. Ecosistemas Recuperables / 6.2. Perjuicios para Pescadores Artesanales / 6.3. Impactos Ambientales Negativos / 6.4. A un año de la catástrofe ambiental / 7. Sanciones / 8. Comentario del Ponente / 9. Reflexión / 10. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Existen doctrinas mayoritarias en donde se discute y se debate el término “medio ambiente”, pues habría falta de precisión en cuanto al término, porque estaríamos circunscribiéndonos a lo mismo. Por una parte, la doctrina se ha quedado con el supuesto de que, para la aplicación práctica, está delimitada a aspectos vinculados del derecho.

Con este propósito se debe entender en un sentido amplio como un conjunto, como un todo y a eso le denominaremos a efectos de desarrollo ambiental. En este sentido, el ambiente es entendido en su extensión, la misma que se manifiesta en la legislación nacional desde un punto de vista antropocéntrico.

* Ponencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Fundamentos Del Derecho Penal Parte General y Parte Especial organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 13 de abril del 2023.

** Abogado, magíster en Cibercriminología y maestrante en Derecho Digital por la Universidad Internacional de La Rioja - España, maestrante en Derecho y Ciencia Política con mención en Ciencias Penales por la UNMSM, me desempeño como abogado litigante en asuntos penales, empresariales y económicos. Además, me dedico a la investigación jurídica y a la publicación de artículos vinculados al cibercrimen.

En nuestra constitución, en el artículo 22 inciso 22, se establece el derecho fundamental de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida, equipara diversos factores.

2. Libro "Primavera Silenciosa"

En el año de 1962, una escritora denominada Rachel de Carson, hizo la publicación de un libro que fue objeto de un premio por la excelente redacción y las reflexiones críticas que hacía acerca de el ambiente en su existencia natural, la necesidad que tiene el hombre y aprovecharla evidentemente desde el punto de vista de los recursos.

Este libro titulado "Primavera silenciosa" da apertura pues al movimiento internacional y mundial que sigue la protección del ambiente en su entorno con el hombre y la naturaleza. No solo debe limitarse a un cuestionamiento administrativo por el contrario existe una fiel incidencia, y al legislador le permite generar regulación dentro de lo que conocemos como el derecho penal ambiental.

3. Derecho Penal Ambiental

El derecho penal ambiental procura la estabilidad del hombre con el ecosistema, con esa premisa clave para poder entender todos los demás aspectos que se van para ello existen tres posturas.

3.1. Ecocéntrico

El espacio geográfico que nos rodea es el sujeto de derecho, pero existen múltiples críticas en lo que respecta a esta teoría porque no podríamos regular o tipificar acerca de un objeto que no se vincule a los efectos propios del ser humano en su desarrollo por naturaleza. Es por ello, que solo se podría tener como asidero cuando sirvan para un fin mayor relacionado al ser humano.

3.2. Antropocéntrico

En esta teoría sitúa al hombre como centro y es este hombre capaz de degenerar el ambiente que lo rodea, por tanto es necesario implementar una protección sobre las actuaciones del hombre.

También se plantea acerca de que no tendría sentido hablar de una teoría antropocéntrica si es que de por medio no estarían los bienes jurídicos penalmente protegidos clásicos (vida, salud o integridad corporal), pero esto tuvo un declive porque recordemos que el delito ambiental no reposa sobre estos bienes jurídicos penalmente protegidos, por el contrario, se plantea el

legislador que se tiene que anticipar esta clase de conductas para así evitar sobrepasar la barrera de la punibilidad.

3.3. Ecoantropocéntrica

El ambiente tiene una protección autónoma, no necesita la participación de terceros para poder desarrollarse siempre que se estipule de forma clara y precisa, se estaría custodiando la estabilidad del ecosistema con las actuaciones del hombre.

4. ¿Cuándo se considera un delito ambiental?

Son aquellos actos u omisiones que generan un daño que puede ser catalogado leve o grave, contra el ambiente o sus componentes como el agua, el suelo, el aire, la flora, la fauna silvestre y el paisaje.

Se tienen los siguientes ejemplos:

- Acerca del agua, el caso en ventanilla por el derrame de petróleo.
- El suelo, podría verse afectado a través de la exploración y explotación que realizan las empresas mineras para extraer minerales.
- El aire, cuando se llevan a cabo las emisiones de fluidos tóxicos que superan aquellos que se conoce como límites máximos permisibles.
- La flora y la fauna, la tala de árboles de las instituciones geográficas de la selva.
- El paisaje, cuando se atenta gravemente contra aquellas reservas que tienen de alguna forma protección.

5. ¿Cómo se identifica y sanciona un delito de contaminación ambiental?

Un presunto delito objetivo es las descargas, por ejemplo, de desechos que pueden ser en su caso tóxicos o tradicionales; la emisión de gases tóxicos o ruidos; las filtraciones, como en el caso de una empresa química que se encarga de realizar algún tipo de productos y los vertimientos o radiaciones contaminantes que por lo general se ven en el aspecto de las empresas mineras.

6. Caso: Derrame de Petróleo en Ventanilla

El Perú tiene una tasa de informalidad que genera atracción para los inversionistas extranjeros. Esta informalidad, pese a que existe regulación

o legislación que intenta sancionar conductas que generen perjuicios al ambiente, existen vacíos normativos en los que se puede desarrollar actividades sobrepasando los límites máximos.

6.1. Ecosistemas recuperables

Según la doctrina, los ecosistemas pueden recuperarse siempre que no generen afectaciones perpetuas o siempre que ese recurso pueda estar contenido dentro de los renovables. En el caso objeto de análisis se trata sobre fondos marinos y zonas costeras que pese a que se sancionar a la persona jurídica y a los representantes de dicha persona jurídica es ecosistema, como tal será recuperable según estudios científicos en un siglo ahora. Esto es un estudio genérico que se ha realizado porque una situación similar ocurrió en otro país, no obstante, se debe tener en cuenta que nuestras autoridades y la forma de actuación es diferenciada, no necesariamente va a ocurrir lo mismo.

6.2. Perjuicios para pescadores artesanales

Existe un perjuicio para los pescadores artesanales que dentro de las 200 millas se dedican a la captura o la casa de peces, que posteriormente se convierten en pescados, evidentemente siempre dentro del margen que ha establecido el legislador tiene consecuencias pluriofensivas.

6.3. Impactos ambientales negativos

La creación de una película sobre la superficie marina implica que el encubrimiento que se encuentra de forma permanente para poder evitar que ingrese la luz y al no ingresar no se realiza la fotosíntesis de las algas. Por otro lado, uno de los factores que predomina para que las especies marinas puedan reproducirse, es que se alimentan de algas que es uno de los alimentos fundamentales en un 70 %.

La toxicidad de crudo que ha ingresado a la superficie marina ocasiona que los organismos mueran de envenenamiento, ni siquiera por el consumo humano sino por el envenenamiento de los fluidos que han caído producto de la toxicidad, a esto se le denomina proceso de contaminación aguda por la gravedad.

La alteración de la cadena alimentaria, inicialmente se refiere a la no existencia de alimento para las especies marinas que se encuentran en esa ubicación, en tanto está en declive la sobrevivencia de estas especies marinas, justamente por la ausencia de las algas que se encuentran dentro de esa superficie. Actualmente existe un organismo encargado en vía administrativa de llevar a cabo la fiscalización y la supervisión sobre las actuaciones

que realizan, pero también en el ámbito penal existe mayor información respecto a los detalles, respecto a la sanción o la posible sanción sobre las personas o los representantes de la empresa.

6.4. A un año de la catástrofe ambiental

La FEMA ha realizado la investigación y se produjeron una serie de conferencias para poder alertar a la comunidad sobre las actuaciones que el Estado se encontraba realizando; sin embargo, no existe un mayor conocimiento sobre el estado actual de las cosas, si es que realmente existe la posibilidad de poder sancionar penalmente a la persona jurídica dentro del marco de la sanción con referencia a las consecuencias accesorias que se le puedan impregnar a la persona jurídica.

Por otro lado, encontramos que la responsabilidad administrativa tendría como principal autor a la OEFA, quien según aquellos en los procedimientos administrativos sancionadores que recaigan sobre una empresa se determinará alguna sanción administrativa.

6.5. Conclusiones

En resumen, se puede concluir que la compañía REPSOL derramó en enero del 2022 cerca de 12 mil barriles de petróleo convirtiéndose en la catástrofe más grande ocurrida en el mar peruano lo que ocasionó la afectación de dos áreas protegidas 48 playas contaminadas y aproximadamente 2500 pescadores damnificados de manera directa. En consecuencia, Repsol deberá asumir responsabilidades administrativas y penales por la afectación de más de 18 mil metros cuadrados de litoral afectado ocasionando un daño irreparable o irreversible al ecosistema.

7. Sanciones

Dentro del supuesto se tiene previsto la pena privativa de libertad de entre cuatro a seis años, de cien a seiscientos días de multa para la forma básica del delito y si a esto se le añade agravantes podría establecer una pena de cuatro a siete años.

Los que realizan el tráfico de manera ilegal con residuos peligrosos para el ambiente derivados de cualquier proceso de producción recibirá una pena de cuatro a seis años y trescientos a cuatrocientos días. El tipo penal estipula que cuando se realice sin permiso de la autoridad competente actividades que se remarcan en la exploración, el ingreso al recinto o al espacio o circunscripción geográfica, en donde presuntamente existe algún recurso la extracción, el posicionamiento previa aprobación de los permisos correspondientes para poder realizar alguna actividad extractiva posteriormente

la explotación para poder extraer estos minerales con herramientas tecnológicas que no generen consecuencias o perjudiciales para los pobladores, por lo general depende del mineral que han encontrado y su explotación correspondiente o similares de recursos minerales, en este caso tiene que existir un perjuicio o la posibilidad de que perjudique o altera el ambiente y sus componentes.

Existe el tipo penal que sanciona la comercialización ilegal de flora y fauna silvestre, contenido como un delito ambiental con referencia a la persona que adquiere, vende, transporta o almacena especies de fauna o flora silvestre sin permisos certificados válidos puede ser sancionado con pena privativa de 3 a 5 años.

8. Comentario del Ponente

Afirmar que existe un componente denominado "ambiente" debe ser custodiado y utilizado de manera responsable sin necesidad de generar perjuicio sobre los recursos que este provee y mucho menos perjuicio a las personas que integran esa circunscripción geográfica, aquellas situaciones que atenten flagrante contra esto tendrán una sanción en el fuero administrativo. En el caso que corresponda y en el fuero penal las penas se aplicarán de acuerdo al tipo que podamos encontrar.

Este delito, de acuerdo a la transcripción que se estipula en el párrafo, es tipo calificado como un delito común, la tipificación se encuentra proscrita en el artículo 304 de código penal que significa sea un delito común. Por tanto, puede ser cometido por cualquier persona siempre que sea en el marco de una actividad económica, para esto el agente debe infringir la reglamentación vigente.

El delito de contaminación ambiental tiene su tipificación en el código penal, en tanto es un tipo penal en blanco porque para su configuración existen normas administrativas que lo complementan.

En la regulación penal desprendemos que no se requiere de una producción que sea efectiva del daño o la alteración del ambiente o de sus componentes, sino que basta que exista la posibilidad que se denomina para efectos jurídicos.

La potencialidad de generar un perjuicio y, por último, la atribución de la responsabilidad penal por cometerlo o evitarlo requiere de una inobservancia efectiva de las normas de cuidado por parte de la gente dentro del ámbito o una estructura organizacional de la sociedad. Dentro de la sociedad, las personas debemos actuar no solamente con probidad durante

el desempeño de nuestras acciones, como profesionales sino también el desarrollo de nuestras acciones dentro del ambiente el cambio comienza con nosotros.

9. Reflexión

Desde la posición en la que nos encontramos no por el hecho de tener una posición estás por encima. En cuanto al aporte significativo que puedes brindar a la comunidad debemos cuestionar, supervisar y fiscalizar, asimismo los ciudadanos deben estar inmersos en la actuación de la política nacional para que de esta manera forjen o se logre enfocar buenos profesionales que no solamente obtengan grados y títulos, sino también puedan aportar a la comunidad y sobre todo a esta sociedad en los pueblos recónditos.

10. Respuestas a las preguntas del público

10.1. ¿A qué se debe que empresas como Repsol pese a la reincidencia en procesos administrativos continúan operando con normalidad?

Desde mi experiencia sobre del supuesto planteado, cuando se llevan a cabo procedimientos administrativos sancionadores la finalidad es sancionar económica o no económico a la empresa, por ejemplo, en este caso OEFA, aplica una sanción administrativa pecuniaria en donde se le impone de manera objetiva un monto económico y con honestidad el capital o los recursos económicos con los que cuentan las empresas son amplios, porque en su mayoría se encargan de llevar a cabo la extracción de minerales para llevar para poder hacer procesamiento.

En el caso de una empresa diferente el margen de ganancia es ilimitado en comparación a la sanción pecuniaria, se puede establecer la autoridad competente es por ello que, aunque suene descabellado las empresas prefieren realizar los pagos dentro de los márgenes con los que cuentan la estructura económica y de esa manera deslindarse por completo de la responsabilidad de acuerdo a lo que ha determinado la autoridad administrativa.

Uno de los organismos reguladores osinergmin desarrolla procedimientos administrativos sancionadores contra empresas hidrocarbúferas, estas empresas eran consignadas de montos altísimos dinero.

10.2. El hombre y su ambiente ha sido afectado catastróficamente al dañar su flora y fauna ¿Qué más se espera por parte del Estado para poder resarcir todo el daño producido?

Hay una propuesta la cual se denomina los programas de cumplimiento normativo. La razón principal o su fundamento principal es incorporar un programa de cumplimiento para que la empresa evite o reduzca la comisión de actos. Solamente contamos de forma obligatoria con programas de cumplimiento para casos vinculados al lavado de activos, pero es importante regular de forma obligatoria, porque no nos referimos a muchísimo tiempo o muchísima pérdida económica para el país.

Realizando un balance, sin una ponderación de derecho, siempre los recursos que ellos extraen con la afectación que generan crea un desequilibrio que debemos cambiar. Una solución a esta problemática sería regular la obligatoriedad para evitar menguar reducir o desproporcionar hasta un margen mínimo para que no se cometan este tipo de actuaciones.

10.3. ¿Qué organismos como el SERFOR han solicitado una petición de un proceso administrativo sancionador hacia Repsol en la actualidad y podemos hablar de unas sanciones efectivas?

La sanción pecuniaria o no pecuniaria que puede imponerse, en el supuesto que se logre resarcir el daño, si estamos frente al primer supuesto las multas o las sanciones que se aplican a este tipo de personas cumplen su rol objetivo, esto es afectar económicamente a la empresa. En este sentido, el fin de la norma es no volver a cometer esta acción ilícita, no obstante, en la práctica eso es imposible. Desde otro punto de vista, con ese dinero no se logra resarcir el daño causado.

Los medios de comunicación contribuyen para que no se afecte directamente, pero para que las personas conozcan lo realizan con el derecho empresarial y esto se le denomina derecho a la reputación digna o a la buena reputación. No obstante, en las medidas cuantitativas resulta pertinente realizarlo.

10.4. ¿Qué solución se podría brindar para evitar los vacíos normativos que permiten la impunidad y dejan a la deriva a los pueblos afectados por este tipo de afectación ambiental?

A partir de la lectura de diversas situaciones tenemos que en la realidad por más preparados o especializados que estén quienes actúen como grupo protocolar de los legisladores o autoridades del estado siempre se sobrepasa los límites del derecho, Esto se da en la práctica de forma que nosotros podríamos anticipar que esta clase de situaciones se cometa, simplemente cumpliendo con los protocolos y/o las exigencias preliminares antes de llevar a cabo una actuación. Por ejemplo, si es que yo voy a llevar a cabo como empresa para la extracción de minerales en el sitio ubicado en la

zona más recóndita de Puno, lo mismo debe ocurrir con cualquier otra empresa ubicada en otro lado con los requisitos que se exige los permisos correspondientes por parte de las autoridades, su evaluación de impacto ambiental, que se respeten los límites máximos permisibles, que las empresas previamente y como no es una exigencia pero sí una propuesta constitucional se llegue a un acuerdo con las personas que posiblemente sean perjudicadas, porque de esa forma se va a permitir realizar una actividad con mayor relevancia y con mayor apoyo. Lo que se necesita es la aceptación por parte de las personas que se encuentran en ese lugar. Es importante dejar en claro que las empresas no se acostumbren a resolver todo con dinero porque se estaría volviendo a cometer los mismos errores.

En suma, no se puede idealizar una situación en donde el derecho pueda solucionar los problemas y mucho menos el derecho penal, siendo esta rama concebida para sancionar conductas ilícitas que cumplan con los requisitos previamente establecidos. No obstante, sí se puede llevar a cabo previamente el cumplimiento objetivo de lo que se ha trazado por medio del cumplimiento de permisos y la supervisión por parte de la comunidad.

Tratamiento del lugar de los hechos / sitio del suceso y su importancia en el proceso penal*

Mario Medrano Montoya**
Universidad Alas Peruanas

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La ciencia como medio de prueba/ 3 Comparación entre el sistema procesal penal peruano y el sistema procesal penal argentino. / 4. La importancia de la criminalística en el proceso judicial / 5. El lugar del hecho / 6. Los principios de la criminalística / 7. Realidad práctica de la criminalística / 8. Respuesta a las preguntas del público

1. Introducción

Se considera que el tema refiere sobre; “el tratamiento del lugar de los hechos o sitio del suceso y su importancia en el proceso penal”. Desistimos en principio de la denominación “escena del crimen” ya que, no todo hecho es delito, hay distintos tipos de hechos, distintos tipos de situaciones, distintos tipos de muertes, entonces, no necesariamente un hecho configuraría un tipo de delito. Nos enfocaremos estrictamente al tratamiento del lugar de los hechos y al proceso penal que le confiere.

Toda sentencia dictada en un proceso penal estrictamente tiene un fundamento, que se realicen todos aquellos actos de investigación en los diversos lugares en los que tengamos sospecha de haberse cometido o no un hecho criminal, el solo conocimiento de un hecho ya amerita de por sí una investigación.

* Ponencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Criminal, Criminalística y Ciencias Forenses Aplicada al Derecho Penal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 1 de abril del 2023.

** Abogado por la Universidad Alas Peruanas. Técnico en criminalística de Campo y Scopometría - Instituto Superior de Seguridad Pública – Argentina. Asesor en Criminalística y Criminología, Derecho Penal y Procesal Penal en Clínica Jurídica- Facultad de Derecho “Universidad San Antonio Abad Del Cuzco” y director fundador de la consultoría jurídica y pericial CJUP – ARGENTINA.

Estas investigaciones han desafiado a la justicia y específicamente al director de la investigación, es decir, al fiscal, quien también se apoya en la Policía Nacional. Teniendo también en consideración que, toda mala intervención van a ser perjudiciales para la objetividad del proceso penal.

2. La ciencia como medio de prueba

La madre de todas las pruebas es el conocimiento científico, dentro de esta está la criminalística, que es una ciencia objetiva. Ahora, fuente de prueba y medio de prueba no necesariamente caben dentro del proceso penal, ¿cómo se introduce al proceso entonces? En el caso de los peritos será mediante un dictamen pericial, así es como los expertos en la criminalística nos metemos al proceso penal, como medio de prueba.

3. Comparación entre el sistema procesal penal peruano y el sistema procesal penal argentino

Si quisiéramos hacer una comparación entre el sistema procesal penal peruano y el sistema procesal penal argentino, diríamos que en:

Argentina es más complejo, porque cada provincia se maneja con su propio código procesal penal, inclusive con su propia constitución, y algunas provincias no están adheridas al sistema acusatorio, todavía se manejan bajo un sistema inquisitivo, es decir, el juez tiene funciones de investigador y procede de oficio en la recolección y valoración de las pruebas, el sistema inquisitivo es absoluto para las retribuciones de un juez, porque es la que realiza casi todas las etapas del proceso.

En Perú tenemos un sistema procesal penal acusatorio adversarial garantista en su totalidad del año 2004, puesto en prueba piloto en el año 2006 en el distrito judicial de Huaura, y así sucesivamente se ha ido incorporando en los diversos distritos judiciales a lo largo de los años, siendo Lima uno de los últimos distritos en los cuales se implantó.

El sistema acusatorio tiene como referencia qué:

El juez cumple un rol de garantista del proceso.

La carga de la prueba le compete estrictamente el representante del ministerio público, el cual será el encargado de la dirección de la investigación.

El sistema acusatorio nos permite una garantía de imparcialidad en los órganos que imparten justicia, y esa separación de funciones es importante ya que toda decisión basada en una facultad inquisitiva será ilegítima.

En un sistema acusatorio de inclinación Adversarial, toda actividad probatoria estará sometida a actuaciones de las partes y eso implica que el juzgador no pueda impulsar de oficio toda actividad probatoria.

4. La importancia de la criminalística en el proceso judicial

Tener en consideración qué, la criminalística se infiere estrictamente al derecho procesal penal. Asimismo, la criminalística no es una ciencia dependiente del derecho penal, sino, una ciencia independiente al derecho procesal penal que va a auxiliar a la investigación criminal, a quien lleva el rol de la investigación criminal, a quien tiene la carga de la prueba, es decir, al representante del Ministerio Público, el fiscal. La criminalística responde las distintas interrogantes ¿qué? ¿Cuándo? ¿dónde? ¿Quién? ¿Cuál? ¿Quiénes? o ¿Cómo sucedieron los hechos que se investigan, que puede ser un femicidio —como se conoce en Argentina—, feminicidio en Perú, un accidente de tránsito, un suicidio, una muerte natural etc. Lo que a la criminalística le interesa es el hecho en sí, como criminalistas no nos enfocamos en la psicología del sujeto ni en la parte interna del individuo, o qué lo llevó a cometer ese hecho en concreto, no nos corresponde; pero a la investigación criminal sí, a esta se le suma el porqué del hecho delictivo. Lo que si nos infiere es vincular o no al sujeto activo o presunto victimario con el lugar de los hechos/sitio del suceso o con el sujeto pasivo o presunta víctima. Tenemos que desarrollar la preparación necesaria, más aún frente a cómo ha evolucionado el delito, pues ya no tenemos aquellos delitos del siglo pasado, hoy hablamos de delitos complejos, delitos de cuellos blancos o delitos informáticos vistos muchísimo en la época de la pandemia. Todo eso ha llevado a evolucionar tanto a la criminalística como a la investigación criminal. El financiamiento, las estructuras criminales, las facilidades de acción de las organizaciones criminales, han evolucionado para tratar de eludir el a la justicia. Esto conllevó a que países de Latinoamérica modernicen su código procesal penal, dejando un modelo arcaico y desfasado para estar a la altura de las circunstancias y así darle batalla a aquellos delitos.

Estas nuevas herramientas no solo van a ayudar al personal policial o aquel primer interventor que va a arribar al lugar de los hechos, tales sujetos no son peritos calificados, no son expertos, no son de la división del área de criminalística o de la policía científica como se llama aquí en Argentina. Ese primer interventor o respondiente debe tener aquellos conocimientos básicos de la criminalística para poder proteger el área de intervención, el fiscal debe de realizar estas capacitaciones y obtener nuevas herramientas para que pueda llevar una correcta investigación del delito, pues él es

quien tiene la carga de la prueba, a él le infiere como director del proceso penal y como órgano acusador. Estos conocimientos son fundamentales para la adecuada intervención del lugar de los hechos y la manipulación de los elementos, rastros, indicios encontrados y no poner en duda a los elementos probatorios, evitando de ese modo nulidades e impugnaciones posteriores por parte de la defensa del investigado/imputado. Todo esto nos va a ayudar fundamentalmente durante todas las etapas del proceso penal, dado que la criminalística no termina en la primera etapa del proceso penal sino que está presente también en la etapa preparatoria y en el juicio.

Entendamos qué, todo lo que se va a realizar en el campo se denomina "criminalística de campo" (elementos, rastros, indicios, vestigios), una vez trasladado al laboratorio se denomina "criminalística de laboratorio" y en esta última aquellos, elementos rastros, indicios, vestigios después de su análisis es considerada evidencia, estos estudios pueden ser, Balísticos, Papioscópicos/Lofoscópicos, Biológicos, otros, aquello queda plasmado en un dictamen que va a introducirse al proceso penal, en la etapa intermedia el juez va a valorar las evidencias, su juicio no es vinculante al dictamen pericial, pues él la puede desestimar —obviamente teniendo que fundamentar.

Siguiendo con el proceso, pasamos a la tercera etapa, el juicio. Aquí ya tenemos dos cosas: La fuente de prueba y el medio de prueba; sin embargo, en el juicio vale más la fuente de prueba porque vamos a interrogar y contrainterrogar justamente esta, no al medio de prueba, lógicamente que se va a criticar ambos y, ¿quién es la fuente de prueba? El perito que realizó aquel dictamen. De esta forma sigue presente la criminalística, siendo crucial para la decisión del juzgador y la probable condena o absolución.

Para que nosotros podamos hacer un buen interrogatorio o contrainterrogatorio hay diversas técnicas. Entendamos que el perito se somete a ambas y el realiza su fundamento o defensa de dictamen en base a, ¿cuáles son los puntos de pericia? ¿Cómo fue el proceso de estudio?, ¿qué metodología ha usado?, y ¿cómo ha llegado a su conclusión?... etc. Otro tópico dentro de este punto es que, muchas veces nosotros como abogados no podemos atacar ese dictamen pericial dado que está muy bien redactado; pero también podemos atacar al perito, cuando hablamos de "atacar" referimos a su credibilidad, a sus estudios académicos, al conocimiento de la materia puesta en análisis, etc. nótese que hay casos en los que un perito tiene treinta años trabajando, posgrado, especialización, reconocimientos pero con escasos conocimientos del manual de procedimientos de actuación o protocolo para la realización pericial.

No olvidemos que todo lo que se trabaja mal en el campo va a repercutir en el laboratorio y aquello va a ser perjudicial para la para la obtención de justicia de la víctima o la libertad del presunto victimario porque pueda que no haya cometido tal hecho y está siendo sentenciado de forma equívoca. Ahí la importancia de destacar a la criminalística otra vez.

Por otro lado es importante mencionar ¿cómo se da la enseñanza de la criminalística en la carrera de Derecho dentro del plan de estudio tanto en Perú y Argentina?

En el Perú en la mayoría de las universidades tenemos el curso de criminalística como materia obligatoria, además de medicina legal y forense, independientemente de la criminología.

En Argentina en las universidades en la carrera de abogado no tienes formación en criminalista, lo que tienes es formación en criminología. Mientras que criminalística no lo ves ni como materia electiva, lo cual consideramos una gran deficiencia en la formación académica.

Entiéndase que estas enseñanzas nos abre un pequeño pero gran camino a los abogados, fiscales, jueces, para poder entender la importancia de la criminalística, como soporte del derecho procesal penal, de la investigación penal.

La criminalística no es una ciencia auxiliar del derecho penal, es una ciencia independiente al derecho, es el andamiaje axial del derecho procesal penal pues nos permiten tener mejores herramientas de obtención de información objetiva y darle así sustento a nuestra teoría del caso que va a ser presentada en última instancia. Mientras más capacitado estés más harás la diferencia. Por eso el conocimiento de este tema es básico, sino ¿cómo entenderemos el dictamen pericial? ¿Cómo reformularemos preguntas a los peritos en juicio? ¿Cómo haremos un contrainterrogatorio a los peritos propuestos por las partes? Incluso se aplica en nuestra relación perito-abogado, o perito-fiscal, porque cuando nuestro perito propuesto sea interrogado por la contraparte, nosotros podremos auxiliarlos mediante una "¡objeción!".

5. El lugar del hecho

No es que haya un solo espacio físico, sino que, son diversos los espacios, como sucede en México, Colombia, Brasil, Perú, Centroamérica, vinculados ellos a delitos de organizaciones criminales como los cárteles o clanes familiares y sus modalidades de ejecución los "desmembramientos", donde se ejemplifica en los diversos textos académicos como "lugar del hecho o

lugar de hallazgo", "escena primaria" y "escena secundaria" pero al tirar las partes del cadáver por varios lados tendríamos que abrir varias escenas enumeradas correlativamente es decir, 3, 4, 5, 6, 7...; por ello a consideración personal le añadimos el término "escenas de enlace" o "lugares de enlace" o de "relación correlativa".

También apuntamos la diferencia entre lugar del hecho y lugar del hallazgo. El primero habla al respecto de dónde se cometió el hecho delictivo. En ejemplo: Una persona asesina a su pareja al encontrarla en su casa con su amante en pleno acto sexual, el lugar del hecho es la habitación. Después, el asesino aprovecha la noche y con ayuda de su carro lanza los cadáveres a un descampado. La escena primaria sería el cuarto, la habitación, pues es la zona más importante dado la abundancia de elementos del delito. La escena secundaria será el lugar de hallazgo, que será encontrado tras el proceso de investigación. Concluyendo, no necesariamente tenemos solo dos escenarios: El lugar del hecho y el lugar de hallazgo; sino que, también tenemos que analizar los escenarios desde el traslado hasta el descampado —por ejemplo, el auto usado para el crimen/delito—.

El rol como perito en criminalística es ubicar todo elemento rastro, indicio o vestigio en el lugar de los hechos/sitio del suceso, el perito no tipifica un delito, su función es estrictamente darle las herramientas al fiscal y es el quién será el que va a determinar el tipo de delito. Hay que analizar el lugar del hecho porque no necesariamente un hecho implica un delito, pudo ocurrir una muerte súbita, una muerte natural, un suicidio —que no es un delito—. Ellos (peritos), como conocedores de una determinada ciencia jugamos un rol crucial; no miramos, los especializados en criminalística no son simples mirones; sino que, observamos, pues hemos sido preparados años para eso. No hay crimen perfecto; sino que, hay un mal trabajo realizado por parte de quien lleva la investigación (Fiscal) o quien recaba los elementos, rastros, indicios, vestigios en el lugar de investigación (Perito).

Cuando se llega al lugar de los hechos, se hace una observación, ubicación de los elementos del delito, la perennización (fotográfica, video, documental) con su patrón alfanumérico, al igual que el levantamiento tendrá que ser fotografiado, embalado, rotulado, acta de secuestro y su cadena de custodia, y es así como se va a transportar a laboratorio de criminalística.

6. Los principios de la criminalística

Son siete los principios aceptados por la comunidad científica. El principio de uso responde a la pregunta qué se usó. Un arma de fuego, un cuchillo etc.

El principio de producción responde a la pregunta qué produjo. Un orificio, un corte. El principio de intercambio se ejemplificaría con un: "Causó en el victimario una retroproyección sanguínea o incluso se encontraron restos de pólvora en las manos", "se encontró un casquillo o vaina en el lugar de los hechos", "como signo de defensa se encontró en la víctima restos de piel debajo de sus uñas, lo cual se presume que son del victimario. El principio de correspondencia de características viene a colación cuando un objeto le transfiere las características a la víctima, ejemplo: "con una soga (objeto), colgó a la víctima (se encuentran las características de la soga), para aparentar un posible suicidio". Luego en el principio de reconstrucción de hechos o fenómenos se puede distinguir entre secuencia fáctica de los hechos y reconstrucción de los hechos.

La primera es meramente pericial, es la conclusión de los peritos sobre un determinado hecho plasmado en un informe pericial. Mientras que la reconstrucción de los hechos es meramente judicial, o sea, hay que requerirla para reconstruir aquel hecho o de oficio por el representante del Ministerio Público (Fiscal). Después tenemos al principio de probabilidad, que puede ser baja, media o alta. Por último, el principio de certeza, lo cual es la realización del trabajo en el laboratorio ejemplo: análisis entre un casquillo o vaina encontrado en el lugar de los hechos (elemento dubitado "se duda de la procedencia") y el casquillo o vaina obtenido del arma secuestrada (elemento indubitado "no se duda de su procedencia") del presunto victimario, realizado mediante un procedimiento, metodología y tecnología al tener coincidencia de características obtenemos certeza del estudio realizado.

7. Realidad práctica de la criminalística

El análisis no puede pasar simplemente por establecer si es homicidio o es suicidio. Hay que leer el expediente. ¿Cómo se realizó? ¿Cómo se hizo la investigación? No se debe de tomar en consideración ni las series de Crime Scene Investigation (CSI) (ciencia ficción) o los juegos con fotografías para determinar si es homicidio o suicidio. Son confusas, no hay nada parecido a la realidad dentro de ellas.

Se debe precaver que no exista contaminación del lugar del hecho/sitio del suceso, en hechos donde se presume una violación sexual siempre procurar preservar las manos de la víctima, observar cómo se encuentra ubicada la víctima, si la víctima estuvo en una determinada posición o si fue movida de su posición natural.

Además en algunos hechos se pueden analizar patrones de manchas de sangre, que implica un trabajo de investigación, pudiendo nosotros deter-

minar las posiciones de la víctima, en qué posición se encontraba antes de haber recibido el disparo, etc.

Dentro de la delimitación de la del lugar del hecho/sitio del suceso o lugar de investigación, debemos identificar la zona crítica, restringida y exterior amplia, siendo esta última donde la policía este tomando los testimonios, evitar cualquier tipo de personas ajenas al hecho porque su cercanía es perjudicial (puede contaminar, agregar, alterar)—si la gente estuviera en la zona restringida podrían patear las vainas del arma, entonces ya no se podría determinar las posición entre la víctima y el victimario “secuencia de disparo”, convirtiéndose así en un riesgo para nuestra investigación y para la objetividad del proceso.

¿Qué vamos a lograr si toda la gente se encuentra dentro de la zona restringida? ¿Acaso son peritos? A pesar de las constantes capacitaciones se siguen cometiendo errores en la intervención, la preservación y el procesamiento, y no solamente en Perú, sino también en México, Argentina y otros países. Hemos visto imágenes donde en lugares abiertos no se delimita correctamente la zona y vemos a las personas rodeando de cerca a los policías, hay que usar cualquier tipo de objeto para poder hacer el cerco, los policías tienen que encargarse de eso, desviar accesos, preservar el lugar hasta que venga el personal experto.

En Argentina hay un caso emblemático, el caso Nisman, todo el departamento del fiscal Nisman era una zona crítica, pero se observan periodistas en todo el interior. La pistola encontrada en el lugar del hecho fue manipulada, todo el procedimiento se realizó sin las medidas necesarias para evitar cualquier contaminación y cuestionamiento a posterior. Mencionamos que todo lo que se encuentra en el lugar de los hechos tiene que transportarse al laboratorio de criminalística tal cual se ha encontrado, no teniéndose que manipular nada. Entonces en este caso del fiscal Nisman se realizó todo lo contrario a lo que refieren los manuales y protocolos de actuación.

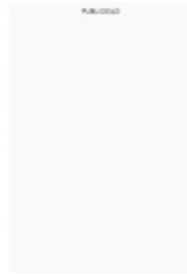
Caso Nisman: las pruebas están mal preservadas y su estado es deplorable

La investigación por la muerte del fiscal de la UFI-AMIA está plagada de desprolijidades y graves errores cometidos por la fiscal Fein durante la instrucción

Por Fabio Fein

24 Jun 2016 07:50 a.m. AR

5 Comentarios



Fuente: <https://www.infobae.com/politica/2016/06/24/caso-nisman-las-pruebas-estan-mal-preservedas-y-su-estado-es-deplorable/>



Algunas de las imágenes difuminadas del video grabado por la policía en la vivienda del fiscal Alberto Nisman / Canal 9

Fuente: https://www.eldiario.es/internacional/policia-argentina-esena-fiscal-nisman_1_2643406.html

8. Respuesta a las preguntas del público

8.1. ¿Diría que realmente estamos avanzando en lo que significa materia jurídica en lo que respecta a este tema?

La verdad sí, estamos avanzando; pero también tenemos unas pequeñas críticas. Ustedes deben conocer el acuerdo plenario 6-2012 en Perú, ahí se habla el tema de la cadena de custodia. Sí hemos avanzado eso es lo más im-

portante pero también tienen que tener conocimiento los jueces sobre esta temática (criminalística), ya que ellos son los que tienen la admisibilidad de la prueba, a la par que también es un trabajo para el personal policial y el fiscal. Sí estamos avanzando jurídicamente en temas vinculados a la investigación científica del delito, pero deberíamos considerar un análisis a la ruptura de la cadena de custodia, la doctrina en este sentido refiere que; ante la ruptura de la cadena de custodia no tiene que ser admisible el elemento de prueba, pues pierde fiabilidad y credibilidad, debe desestimarse. Pero cuando tú vas a la práctica queda al libre albedrío del juzgador, es decir, a la propia admisibilidad del juzgador, y encima no es vinculante. Pero si la desestima tiene la obligación de fundamentarlo.

El tema del perito lo encontrarán desde el artículo 172 al 178 del Código de Procesal Penal Peruano. También tenemos el artículo 68 de las disposiciones generales del Código Procesal Penal donde podrán leer las atribuciones del policía. Aquí hay cosas en las que no coinciden, porque no todo policía puede hacer un levantamiento, tiene que ser un personal idóneo, experto. No puedes sacar una computadora, abrirla, manipular un dispositivo informático así de simple, no puedes, hay protocolos y manuales a las cuales estamos sujetos.

Construcción de la teoría del caso*

Dalmiro Huachaca Sánchez**
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

SUMARIO: 1. La teoría del caso / 1.1. La reforma de la teoría del caso / 1.2. Importancia de la teoría del caso / 2. Respuestas a preguntas del público

1. La teoría del caso

En el ámbito nacional, existe una tendencia a criticar la utilidad de la teoría del caso, se sostiene que esta herramienta de planificación estratégica es inaplicable en nuestro sistema por su origen adversarial, ya que, en estos sistemas, las facultades investigativas la comparten el órgano persecutor y la defensa, situación que no ocurre en nuestro país, donde la carga probatoria recae en el ente persecutor.

A criterio de algunos académicos, en el sistema adversarial la teoría del caso cobra especial utilidad por las facultades investigativas compartidas, que les permite construir historias diferentes, sobre la base de los resultados de la investigación empleada. En cambio, sostienen que, al estar regulado las facultades investigativas para la defensa en nuestro país y algunos países de la región, resulta inaplicable la teoría del caso.

La teoría del caso, es una herramienta metodológica que tiene como propósito principal planificar para evitar la improvisación en la ejecución de las actuaciones del órgano persecutor y la defensa. Al constituirse como

* Ponencia virtual llevada a cabo en el curso especializado en derecho procesal penal, teoría de la prueba y litigación oral, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 18 de febrero del 2023

** Abogado, especialista en seguimiento, monitoreo y adecuación normativa de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Maestría en derecho procesal y solución de conflictos, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Egresado con distinción máxima del diplomado latinoamericano sobre reforma procesal, Universidad Diego Portales y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) ambas instituciones con sede en Santiago de Chile.

una herramienta metodológica, consideramos que su regulación, resulta innecesaria. Esta herramienta, será aplicada por aquellos que consideran su utilidad para la aplicación de cada caso. Asimismo, al ser una herramienta metodológica, mientras más reservada quede su mención en las diligencias o audiencia mejor, ya que es preferible que la contraparte desconozca nuestro trabajo profesional metodológico.

En otras palabras, no se requiere de su reconocimiento en una norma legal para su aplicación, tampoco es necesario mencionarlo en las diligencias o audiencias como una formalidad. Lo trascendente es que se emplee en la planificación de un caso concreto y sobre dicha base se organice las actuaciones de la defensa, que concluirán un tipo de estrategia.

Debemos aclarar que la teoría del caso como historia, no tiene algún parecido con las historias de una telenovela, ya que su construcción se realiza desde la prueba. Asimismo, resulta trascendente mencionar, que en los juicios las partes presentan versiones sobre los hechos desde su punto de vista, por lo que se espera un actuar imparcial de los jueces. Marín advierte que la construcción de la versión de alguna de las partes puede estar influenciado por el prejuicio o error. Asimismo, sostiene que la teoría del caso debe cumplir cabalmente con ciertas características para facilitar la comprensión del juez.

La teoría del caso, presenta una estructura fáctica, jurídica y probatoria, y deben estar interrelacionados. El Código Procesal Penal hace mención a los elementos de la estructura en comentario cuando se refiere a los alegatos de apertura. Asimismo, los elementos citados tienen una relación directa con los componentes de la imputación necesaria. Conforme a lo expuesto, podemos afirmar, que no resulta inaplicable la teoría del caso, por el contrario, la exigencia de una imputación necesaria, de una relación entre los hechos, pruebas y la norma jurídica, permite destacar su utilidad desde un enfoque estratégico.

1.1. La reforma procesal penal, nuevas reglas procesales y de litigación

Sin duda, toda reforma procesal implica cambios y desafíos, no solo en la forma de organización de las instituciones, sino sobre todo en la forma como se debe ejercer la profesión acorde a las nuevas reglas. El Nuevo Código Procesal Penal, reemplazó las reglas de la escrituralidad y estableció nuevas ajenas a nuestra realidad.

La metodología del nuevo proceso penal privilegia el debido proceso, contrario al modelo anterior que privilegia resultados. Esta circunstancia jus-

tifica la necesidad de generar una nueva cultura legal conforme a las nuevas reglas procesales y de litigación. La falta de comprensión y asimilación de las nuevas reglas procesales, en la práctica viene generando problemas entre la Policía Nacional, Ministerio Público, Defensa Pública y Poder Judicial.

El método empleado por la Policía Nacional en las investigaciones -por resultado- es una metodológica de un sistema procesal basado en la eficiencia del proceso, para lo cual, se privilegia los resultados y se eleva a un segundo plano el debido proceso. Existen reglas procesales que durante la investigación deben respetarse para perennizar la validez de las actuaciones procesales, de lo contrario, corren el riesgo de ser invalidadas. El Juez de Investigación Preparatoria cumple un rol garante del cumplimiento estricto del debido proceso y el Código Procesal Penal establece mecanismos procesales para proteger esta garantía constitucional. En ese sentido, podemos identificar como mecanismos procesales de protección del debido proceso el artículo 71 y 150 del Código Procesal Penal y a su vez, también podemos identificar como un mecanismo constitucional lo expuesto en el artículo 33, literal 14 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

En los últimos años, se ha cuestionado el rol de los fiscales y jueces a tal punto, que se hizo conocido la frase la policía los atrapa y los fiscales y jueces los liberan, generando disconformidad de la sociedad por el rol que ejercen estos funcionarios, sin embargo, técnicamente, la frase refleja una deficiente investigación por parte de la policía. Si la policía al momento de la intervención interroga y graba al detenido sin la presencia de un abogado de confianza o proporcionado por el Estado, obtiene una confesión y luego de registrarlo en audio video y lo difunde por diversos medios de comunicación, la consecuencia jurídica inmediata es la invalidez de las actuaciones de investigación, por tanto, los fiscales o jueces que identifican este defecto, están en la obligación de invalidar las actuaciones realizadas por la policía, consecuentemente liberar a los detenidos. Es un problema que requiere una atención urgente por parte de las autoridades encargadas de la implementación y consolidación de la reforma procesal.

A lo largo de los años, se ha discutido sobre las reformas impulsadas en los países de la región. En el nuestro, se ha cuestionado el contenido adversarial, no obstante, en diferente bibliografía especializada escrita por Binder, Gonzalo Rúa, Felipe Marín, Leonardo Moreno, Leticia Lorenzo, Juan Enrique Vargas, Eduardo Juachen, entre otros, sostienen que el modelo procesal penal objetivo es el acusatorio adversarial. La exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal, reconoce que nuestra reforma responde a la ola de reformas que se vienen

impulsando con el objetivo principal de adecuar la legislación interna a los estándares establecidos en los diversos tratados internacionales. La exigencia de la imparcialidad, oralidad, juicios públicos, contradictorios, están descritas como garantías mínimas, es por ello que Jauchen sostiene que la única forma de cumplir con estas exigencias es a través de un sistema acusatorio adversarial puro.

Son los tratados internacionales sobre derechos humanos que exigen que el proceso penal sea respetuoso de los derechos fundamentales de la persona, por tanto, habría que identificar si la reforma procesal penal de nuestro país tiene objetivos distintos y características distintas. No existe evidencia que sea así, por el contrario, la exposición de motivos evidencia la voluntad del legislador que apunta hacia sistemas acusatorios adversariales para poder cumplir con sus postulados democráticos y republicados (Rúa).

Finalmente, debemos señalar que la reforma procesal penal trae consigo nuevas reglas procesales y de litigación que requieren de un arduo proceso de capacitación para su comprensión y asimilación, esta circunstancia representa uno de los grandes desafíos de las reformas instauradas que tienen un objetivo común.

1.2. Importancia de la teoría del caso

Las nuevas reglas procesales y de litigación exige un trabajo planificado desde el inicio. Una de las herramientas más importantes para la planificación y construcción de una estrategia de defensa penal es sin duda la teoría del caso. La teoría del caso es una herramienta metodológica que otorga los objetivos a las herramientas de litigación oral -alegatos apertura, examen directo, contra examen, uso de declaraciones previas, objeciones, alegatos, etc. En otras palabras, las herramientas de la litigación son neutras, no entregan objetivos o son dependientes de la teoría del caso.

La estructura de la teoría del caso es fáctica, jurídica y probatoria, tiene relación directa con el contenido o elementos de la imputación necesaria. Debemos resaltar que la teoría del caso, no requiere de su reconocimiento en una norma procesal penal para su uso, al ser una herramienta metodológica, su aplicación es eminentemente estratégica.

Finalmente, la teoría del caso, se construye desde la prueba, dado que la historia de la teoría del caso no es una historia de telenovela, sino, una historia sustentado en el material probatorio.

2. Respuestas a preguntas del público

2.1. ¿El sistema de litigación en el país se orienta más a facilitar

que la teoría del delito pueda probar la verdad tal y como es, o se orienta más a la persuasión y a la estrategia en el curso de la litigación?

Pregunta muy importante, existe difusión de información inexacta sobre la utilidad de la litigación oral. Si ustedes han revisado la estructura de la teoría del caso, tiene un espacio adecuado para trabajar teoría del delito. Por tanto, no le resta importancia, sino lo organiza de mejor manera.

2.2. ¿En todos los procesos penales lo que se aspira es llegar a la verdad procesal que incluso podría dar a la verdad histórica?

Llegar a la verdad histórica es uno de los retos más complejos del proceso penal, se tendrían que dar determinadas circunstancias para registrar todo el desarrollo de la acción. Aunque estamos ante una circunstancia muy compleja, el ideal que debe inspirar al proceso siempre debe estar demarcada por acornarnos a ella.

Principios del interrogatorio directo y la declaración del colaborador eficaz en el juicio oral*

Hamilton Jhon Montoro Salazar**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Estructura del modelo procesal / 3. La prueba como pilar del proceso / 4. La valoración de la prueba / 5. Los principios del juzgamiento / 6. El enjuiciamiento / 7. La colaboración eficaz / 8. Conclusiones

1. Introducción

En el marco de todo proceso penal constitucionalizado y que tiene su razón y su esencia de ser, es justamente la prueba. El proceso ha sido creado para probar si un hecho es cierto o no es cierto; si ese hecho es verificable o no es verificable; y a partir de la prueba establecer la culpabilidad o la inocencia de una persona que está implicada en la misma.

En ese aspecto sustantivo, Carl Friedrich Gauss tiene una frase sumamente reflexiva, la cual señala que el empleo de la palabra “prueba”, no en el sentido de los abogados; sino en el sentido matemático, en donde una media prueba es igual a cero y se exige una demostración que haga imposible cualquier generación de duda, debe ser la aspiración justamente también en el derecho. Esta empresa es justamente muy complicada, pues el derecho con todas sus aristas o la aplicación o la interpretación del dere-

* Ponencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Técnicas de Litigación Oral y Curso Especializado en Técnicas de Interrogatorio y Contrainterrogatorio, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 8 de abril del 2023.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con estudios de maestría en derecho penal por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Ex fiscal provincial del Equipo Especial (en las investigaciones de Lava Jato. Expositor y disertador en conferencias, foros, talleres, cátedras, entre otros.

cho, obviamente, incluso está cargada no solamente de algunas cuestiones subjetivas, sino además también, inevitablemente, de algunas ideologías. Razón por la cual hay estudios ius filosóficos sobre la ideología del derecho y el influjo que tiene está en el desarrollo de este.

En ese sentido, una vez ya entrando a lo que Friedrich nos da como reflexión sobre la aspiración a la demostración de la prueba, no en un sentido matemático, sino en un sentido o una aspiración de que no exista ningún espacio de duda, se debe entonces iniciar con algunas consideraciones preliminares.

2. Estructura del modelo procesal

Se conoce que el sistema de nuestro sistema dual tiene tres pilares, los cuales circulan o se concatenan como un reloj unísono, puesto que funcionan en forma sincrónica. Entonces, uno no puede existir sin el otro, ni el otro sin el otro; por ello esa sincronización, con algunas excepciones que el modelo procesal nos brinda en algunas salidas, como; por ejemplo, que, en una investigación preparatoria, la fase de diligencias puede terminar el caso con una salida alternativa o con algún criterio de simplificación procesal como la abstención o el principio de oportunidad, los que se aplican no por una regla, sino solo para determinados casos.

Asimismo, si ingresamos en la etapa intermedia, también se podría salir y terminar el conflicto o el proceso justamente con una terminación anticipada o incluso puede ser dentro de la excepcionalidad que nos proporciona el modelo procesal en el Decreto Legislativo N°957, una acusación forzada. Sin embargo, el molde regular o común es que en los procesos penales comunes, sobre todo en las miradas de procesos penales de complejidad o de organización criminal, es que necesitamos de ese engranaje, y aquello implica que exista una etapa de preparación para recabar elementos que nos permita generar convicción, pasar a la etapa intermedia, luego de esa mirada con una visión de lo que la Corte Suprema en el acuerdo plenario N°2017 ha llamado sospecha reveladora; posteriormente en la etapa intermedia, después de haber llegado a una etapa de convencimiento; por último, se llega a la etapa de convicción o a una mirada de lo que la Corte Suprema ha llamado sospecha de convicción absoluta o sospecha de convicción evidente.

Es entonces que en esa medida, en esta etapa que es un filtro que funciona como una especie de colador, va a determinar, teniendo en cuenta que el proceso puede decidirse en esa etapa sea por un sobre seguimiento o también decidirse si se va a pasar al juicio oral, el cual viene a ser el espacio donde todos convenimos, es en donde se hace y se produce la prueba,

propriadamente dicho, pero no porque lo hubiese diseñado la doctrina, sino porque la actuación plenaria permite la intervención de todos aquellos que en una dialéctica se realice lo que el marco del proceso penal también tiene como diseño; es decir, la dialéctica de la acusación del contradictorio.

Ese engranaje justamente sirve y le da sentido al marco procesal y si bien este engranaje va en el sentido de un reloj suizo, es decir, progresivo y evolutivo. Algo que no debe dejar de lado ni establecer solamente de manera formal, es irnos al sentido y a la razón del modelo procesal que tenemos instaurado desde el 2004, pero que en actividad ingresó desde el año 2006 como copiloto en el distrito fiscal de Huaura.

Asimismo, con este modelo se ha buscado, siendo el sentido, que debe haber eficacia y garantía; es decir, no puede haber una eficacia solamente para tener una respuesta rápida a un conflicto sacrificando las garantías; ya que estas son importantes, pues son las columnas vertebrales que no solamente han sido construidas en nuestra ley procesal, sino también en el marco de la constitucionalidad, y sobretodo están resguardadas por el derecho convencional a través de sus diversos pronunciamientos, no solo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino sobre todo por la convención por los tratados de esa misma convención.

En esa medida, la mirada debe ser justamente desde ese foco, es decir, un proceso constitucionalizado y un proceso convencionalizado.

3. La prueba como pilar del proceso

En la búsqueda, no solo desde los incunables que se ha trabajado desde el derecho romano y griego y sobretodo de nuestro modelo procesal, sino que la prueba, justamente desde el latín, ha significado aquello que es bueno, honrado; pero más que eso, suele ser todo aquello que te da fiabilidad; es decir, uno puede fiar en aquello, siendo ese el término latín que significaba probus.

Es así que, si probus es todo lo que implica fiabilidad, también dentro de esa conceptualización tiene que existir probus para una cosa material, cosa res, un hecho o un suceso; también debe existir para una acción o actividad, es decir, ese suceso tiene que ser demostrable.

En ese sentido, tal como lo veía en su tiempo Francesco Carnelutti, es la comprobación de las apelaciones en sentido más puro de lo que significa la prueba.

Realizado ello en una aproximación de lo que más o menos vendría a ser la prueba y la implicancia de las aprobaciones, la prueba también tiene su

regulación, y qué duda cabe en nuestro marco regulatorio de este modelo procesal que con todos sus defectos tiene algunos aciertos que nos ha permitido lubricar, aceitar, que el proceso penal ahora tenga algo más de celeridad y no se sacrifique eficacia por garantía; es que los principios que regulan justamente la aportación y la misión de la prueba está referida al tema de la libertad de la prueba; no solamente por parte del órgano persecutor como dice el Ministerio Público, sino también por parte de quien ejerce y opone justamente contradicción a esa acusación o a esa imputación.

Entonces, también si se recurre a cualquier mecanismo que esté amparado por la ley, obviamente existe una libertad probatoria, la cual se encuentra regulada en el artículo 157.

La otra regulación o principio es el tema de la pertinencia, el cual está vinculado al hecho o a lo fáctico que se pretende demostrar.

El otro concepto es la conducencia, que nos conduce en esa logicidad a entenderlo como aquel medio o aquella prueba que uno pretende aportar.

Luego, viene el principio de la aptitud legal, es decir, uno como órgano persecutor, como Fiscalía, no podría ingresar al proceso para acusar a alguien con una prueba vedada, o una prueba prohibida que suele ser conocida. Rápidamente se tendría que ser excluido por quien opone justamente respecto a esa prueba.

La otra regulación del principio es también la utilidad; es decir, el grado de aportación de ese medio o de esa prueba para lo que se quiere demostrar; en otras palabras, si tiene utilidad o es inútil esa prueba.

Entonces, dentro de este marco de las ideas generales o preliminares, también hay dos temas que no se deben perder de vista, que justamente están relacionados con el tema del enjuiciamiento, además de existir dos marcos que se dan de manera excepcional en la regla que se produce en el juicio oral; es decir, el aseguramiento probatorio que ha establecido el marco procesal por el tema del tiempo o de su desaparición.

Por ejemplo, cuando se está en la fase de diligencias preliminares, lo que rige mayormente esta actividad es que en ese marco se produce la prueba preconstituida, porque sustancialmente en esa fase, se tienen que hacer actos urgentes e inaplazables, los que están encaminados a asegurar las fuentes de la prueba que asegura que en el juicio oral sean solamente reproducidos; es decir, ingresan a través de lo que se conoce como prueba preconstituida, como actas o el tema de las cadenas de custodia cuando se

encuentran evidencias o indicios, como por ejemplo, el arma homicida, el cuchillo homicida, el instrumento homicida, el objeto del delito o las ganancias en los delitos de lavado.

Si aquellas no se aseguran, podrían sufrir alguna situación que luego en el juicio oral podría ser cuestionada. Es por esa razón que la prueba preconstituida está íntimamente relacionada a la cadena de custodia para poder preservar o para establecer la mismidad de la prueba.

La otra excepcionalidad del aseguramiento de la prueba o de la producción de la prueba es justamente en el escenario propiamente en la etapa de investigación preparatoria; y en ella se produce algo que también el diseño de nuestra ley nos ha dado, esto es la prueba anticipada o anticipación de la prueba y donde nos permite establecer justamente estos criterios desde el artículo 242 del Código procesal penal, que nos establece en qué circunstancias, como las circunstancias de algunos testigos que se requiera que sean examinados por viajar al extranjero o porque tienen alguna enfermedad que podría ser previsible y que pudiese llevarles al deceso o su muerte, entonces se tiene que anticipar esa prueba con las mismas reglas del juicio oral.

Entonces, para ya no llegar al juicio oral, que en nuestro sistema se llega a los tres o cuatro años estando en la etapa investigación preparatoria, podrá realizarse una anticipación de esa prueba, es decir, de realizarse una declaración anticipada del testigo del delito y también del colaborador eficaz, por ejemplo, cuando hay una de las situaciones en las que están relacionadas organizaciones de un criminal, podría establecerse también la anticipación de la prueba.

Otra de las circunstancias, sería la de hacer inspecciones, reconstrucciones, reconocimiento o declaraciones. Se dice entonces que el marco procesal nos ha dado esos dos tipos de producción de prueba o de aseguramiento de la producción de la prueba y con ellos ya no se va a llegar hasta el juicio oral, lo que no quiere decir que no se va a presentar, sino que si se van a presentar, pero solamente van a hacerse una mención a la misma; es decir, ya no va a recurrir que se haga una actuación; por ejemplo, si el testigo declaró en una anticipación de prueba, este ya no será examinado en el juicio oral; puesto que, en el juicio oral se establece una de las garantías fundamentales que es el contradictorio, pero en la audiencia de anticipación de prueba, por las mismas reglas, también la contraparte puede realizar el contradictorio y ejercer su derecho de defensa.

4. La valoración de la prueba

Si bien la valoración de la prueba de acuerdo con los modelos reconocidos, como el modelo de la valoración desde la sana crítica, de las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia. Estos tienen sus conexiones con sus antecedentes y básicamente con el tema de los sistemas de las valoraciones. Una de ellas es el sistema de la valoración de la prueba legal o prueba tasada, otra es la íntima convicción que de alguna manera se distingue, siendo esta un corte mixto, que más está inscrita en nuestro sistema.

Entonces, en esta medida, estos nos sirven para que cuando se llegue a la etapa del juzgamiento, se establezca bajo qué sistema se va a realizar y qué reglas se van a aplicar para valorar; ya que el juicio oral, la valoración o la actuación de la prueba inicia con el examen del acusado, el examen del testigo, el examen del perito, para luego venir la actuación de la prueba o la oralización de los medios probatorios.

Es así que, justo después de pasar por ese aprendizaje, el juzgador va a tener que emplear esos medios de prueba y así se irá avizorando qué posición va a alcanzar y si esas reglas también le son aplicables al colaborador eficaz en el juicio oral, pero con algunos matices que se va a establecer a partir de las reglas de los criterios del examen y sobretodo de las reglas de la prueba tasada.

5. Los principios del juzgamiento

En la etapa del juzgamiento, más allá que existan otros principios como la concentración, la cual no deja de ser importante, existen cuatro pilares fundamentales que soportan toda la etapa del juzgamiento. Así tenemos a la inmediación, a la oralidad, el contradictorio y la publicidad; además, cada uno de ellos tiene una razón.

La inmediación permite al juzgador no solo la apreciación directa respecto a la prueba o al medio de prueba, sino también, en este caso, al órgano de prueba para poder formarse un convencimiento de lo que tiene.

La oralidad no es más que, tal como dice el profesor Cesar San Martin Castro, el instrumento que permite la plasmación de las actuaciones procesales, en este caso, del acto procesal en el juicio.

La contradicción resguarda la garantía sustancial y sustantiva de aquella persona que está siendo procesada para oponerse a una acusación y a partir de esa oposición establecer algo de lo que ya más o menos se conocía en el caso Dorin Catriman de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; es decir, buscar el tema justamente de la igualdad de armas o el contradictorio a través de que al imputado se le debe dar la oportunidad

para que en el juicio oral también no solamente pueda contradecir, sino puede concontrinterrogar.

El tema del principio rector de la publicidad es justamente relacionado el que es una garantía y una seguridad para la sociedad en que pueda ausentar y además, poder controlar la actuación del tribunal del juzgador en que esta no puede admitir una sentencia oscura o una sentencia arbitraria, sino que sus pronunciamientos a través de la publicidad pueda darle garantía a la sociedad o a la ciudadanía, que se está haciendo dentro de un marco de la regulación.

6. El enjuiciamiento

Señalado justamente el tema de los principios de la producción probatoria y los principios del juicio oral, es pertinente señalar algo que no se debe dejar de lado.

Dos puntos que sirven para tratar el tema de la colaboración eficaz o el interrogatorio del colaborador eficaz en el juicio oral, uno de ellos sería, tema que ha generado polémica, el uso de las declaraciones previas en el juicio oral, y el otro es si es que la declaración sumarial o declaración por acta que se le toma al declarador eficaz en la etapa de investigación preparatoria no ha tenido un control o contradicción por parte del imputado.

He aquí algo que tomar en cuenta; primero, respecto al uso de las declaraciones previas en juicio oral, la metodología es que conforme al artículo 378, cuando un testigo acude al juicio oral no recuerde lo que ha declarado o simplemente le resulta extraño a lo que se le pregunta. En ese momento, se puede ir haciendo las técnicas del interrogatorio para refrescar la memoria justamente preguntando, incluso en algunos hipotéticos casos cuando ya el testigo haya fallecido o cuando se encuentre lejos y no haya sido ubicado, se puede también leer su declaración testimonial; pero para ello la ley ha establecido una regla. La regla es que en esa declaración que dio el testigo previamente; es decir, en la etapa de investigación preparatoria, haya participado la parte imputada o su abogado defensor, o al menos haya sido notificado, sin la cual no podrá establecerse, dando como consecuencia que el tribunal tendría que desechar esa pretensión por parte del Ministerio Público de lo que se quiera leer sobre la declaración.

El otro tema que ha desatado bastante polémica es que si el colaborador eficaz cuando declara debe ser controlado por la parte del abogado del imputado o por el imputado mismo a través de cualquier forma de querer ingresar y poder ejercer también su derecho en contra.

Este último tema si tiene respuestas, no solamente a nivel de nuestra legislación procesal, sino que además tiene una respuesta convencional y estrictamente vista en dos casos, uno es el caso de Norin Catriman y el otro a través del caso Reino Unido.

7. La colaboración eficaz

En base a las ideas ya antes expuestas, sobre el juicio oral y el desarrollo del juicio oral, se tiene que la colaboración eficaz no es propiamente un proceso aun cuando el nomen iuris o el nombre jurídico en el ordenamiento procesal a partir del artículo 472, lo haya establecido justamente como proceso especial. Ello debido a la razón de que se trataría de un procedimiento o de un instrumento procesal eficaz valioso para poder luchar contra la criminalidad organizada o contra procesos o investigaciones no convencionales.

En esa medida, también es importante tener en cuenta que la colaboración eficaz surge como la necesidad de la política criminal para obtener una implementación de mecanismos legales y constitucionales donde el Estado pueda tener un instrumento eficaz y efectivo que le permita hacerles frente a manifestaciones de crímenes organizados o a manifestaciones delictivas complejas, porque no se puede aplicar justamente el desarrollo de la colaboración eficaz para investigaciones que resulten simples.

Lo anterior obedece a su naturaleza estrictamente para investigaciones o procesos organizados. En esa medida también se debe tener en cuenta que la colaboración eficaz como instrumento procesal no solamente permite obtener fuente probatoria, material probatorio valioso para la investigación o para el descubrimiento, sino también el sentido que le ha dado el legislador es para poder desarticular organizaciones criminales y además, poder frenar la actividad ilícita que pueda tener estas asociaciones delictivas, criminales, empresas criminales o sociedades criminales, como lo llama la criminología moderna.

El sentido de esta es no dejar espacios de impunidad, ya que estos incluso están ligados a delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos, trata de persona, explotación infantil, delitos que, por la trascendencia y la gravedad de estas, dañan las estructuras sociales y generan justamente una inestabilidad social y política; y sobretodo consumen un estado latente de inseguridad, lo que ningún Estado y ninguna comunidad desearía.

Entonces, los Estados modernos y constitucionales tienen que recurrir a estos mecanismos para poder enfrentar este tipo de situaciones. Y sin duda alguna, más allá de que existan de repente algunas técnicas especiales de

investigación con instrumentos también de limitación y restricción de derechos o con agentes en cubierto, remesas controladas, etc.

Asimismo, tienen una gran implicancia para que el Estado pueda a través de ello no solamente desarticular y obtener materia probatoria, sino que además permite obtener reparaciones civiles que podría redundar al menos en poder resarcir el daño que ocasionan este tipo de delitos.

Entonces, en esa medida, algo que no debe dejarse de lado, es que debe resistirse a llamarle proceso especial de colaboración eficaz; puesto que, en el análisis de la teoría del proceso, la colaboración eficaz no es un proceso contradictorio, sino que la colaboración eficaz es autónoma, es reservado, es inaudita paz; solamente quien tiene el control y manejo de la colaboración eficaz y que la ha concentrado es el Ministerio Público y el fiscal. Incluso la intervención del agraviado o de la parte agraviada ya se hace justamente en la fase final en la fase del acuerdo de reparación civil de la colaboración eficaz.

En este sentido, en todo el desarrollo, desde que el colaborador se postula, no interviene para nada el órgano jurisdiccional, tampoco interviene el imputado a quien se indica, quien además no sabe que existe el colaborador porque justamente se trata de un proceso reservado.

Es entonces que, se crea un cuaderno especial en un cuaderno secreto o muy aparte del proceso penal común o de la investigación común; es decir, en esa medida también no viene a haber acción porque no se realiza en este proceso una persecución. Si bien es cierto el artículo 472 establece que a instancia del Ministerio Público y a pedido de la parte imputada se puede establecer un proceso de la colaboración eficaz, el impulso de la colaboración eficaz no nace como lo que establece cuando, por ejemplo, existe una noticia criminal y tiene que perseguirse por esa razón establecida, sino que tiene una autonomía especial.

En esta misma línea, también no hay jurisdicción porque la colaboración eficaz no es sometida ante un tribunal para poder establecer un debate de contradicción. La colaboración eficaz ciertamente sí tiene que ser aprobada por el órgano jurisdiccional, pero tiene que ser aprobada el acuerdo; es decir, de acuerdo con la interpretación legal que se hace, simplemente es que se somete a un control de legalidad o judicialidad los términos del acuerdo de colaboración. Asimismo, el órgano jurisdiccional, su limitación es pronunciarse sobre los puntos de los que ha acordado ya el Ministerio Público respecto a la pena y a la reparación civil que se le va a imponer al colaborador eficaz.

En esa medida, se advierte que no hay una jurisdicción, sino un control de judicialidad, pero ya en la última fase de la colaboración. Es así que, esos conceptos básicos de lo que se entiende por la teoría del proceso, permiten resistirse llamarle un proceso especial de colaboración eficaz, sino es preferible llamarle procedimiento o instrumento procesal de colaboración eficaz. Lo anterior seguramente está sujeto a cargo de que se pueda modificar, y no cabe duda de que, a estas alturas, la colaboración eficaz requiere de algunas modificaciones, pues ha tenido muchas críticas y la jurisprudencia no ha sido suficiente para poder darle contenido a algunos acápites propiamente de la colaboración eficaz. Entonces, otros de los aspectos fundamentales justamente de la colaboración eficaz están en torno al tema de la declaración del colaborador eficaz.

En la jurisprudencia, en temas de criminalidad organizada, tal como el lavado de activos de las empresas brasileñas que todavía siguen inmersos en la investigación como Odebrecht y Lava Jato. En la tramitación de estos procesos surgió un debate que ha llevado a la investigación, siendo esta referida a que en la colaboración del colaborador eficaz en la etapa de investigación preparatoria puede intervenir el abogado defensor para con-trainterrogar o realizar sus preguntas.

En algún momento, un órgano jurisdiccional de primera instancia que acogió el pedido de un abogado defensor estableció que si se podría, invocando la sentencia casatoria del caso Oviedo Picchotito que si podía realizarse a través de un pliego interrogatorio; entonces, con eso al resolver el juez que si podía realizarse un control o una intervención en la declaración del colaborador eficaz en la etapa de investigación preparatoria, incluso estando todavía en trámite su colaboración, no era de preocuparse que el imputado ingresara a traer a su abogado para poder interrogar o con-trainterrogar al colaborador, sino lo que realmente genera algo de preocupación es que se ha creado un derecho a partir de la sanción de una resolución.

En ese sentido, notamos o cabe preguntarse, ¿hasta qué punto la jurisprudencia puede en su interpretación nomofiláctica interpretar un tema oscuro de un acápite o de un párrafo de la ley? y ¿hasta qué punto puede crear a través de "un criterio" o "una regla" un derecho para que se pueda realizar o no una actuación procesal?

En esa medida, se apeló esa resolución del juez de primera instancia y la sala tuvo que revocar porque se ingresaba a un estadio que podría condicionar, no solamente con el debido proceso, sino básica y estrictamente con la legalidad procesal como la ley previa y la ley prescrita; pues si esta no existe no se podría establecer, ya que hay un marco duro que es el principio de legalidad.

Por otro lado, en la casación Oviedo Picchotito, específicamente, la casación 292-2019-Lambayeque, la corte suprema estableció que sí se podía, en un marco de constitucionalidad y de garantizar el derecho de defensa, interrogar al colaborador eficaz; pero lo que no menciono es en qué circunstancias y cómo podría ingresar la contraparte; es decir, cómo el imputado a partir de su abogado hace el control de la declaración del colaborador eficaz en su desarrollo en la etapa de investigación.

Entonces, existe un tema que es fundamental y que seguramente con una modificación razonable y razonada se podrá superar. No solamente la regulación de la colaboración eficaz a partir del artículo 472 hasta el artículo 481 A y B del código procesal penal ha establecido un marco de regulación del procedimiento especial de colaboración eficaz o de la colaboración eficaz, sino también tiene su desarrollo en el Decreto Supremo 007-2017-JUS, esto es el reglamento de la colaboración eficaz en la que se ha desarrollado justamente cómo es la forma para poder interrogar.

Es así que, se permite desarrollar dos escenarios, hay un escenario en la que el colaborador cuando se postula e ingresa como colaborador eficaz en la que se le va a asignar una clave como tal, luego declara ante el Ministerio Público o ante el fiscal un hecho; es decir, delata a sus coimputados. Esa declaración por sí sola, no vale, porque esta tiene que ser corroborada dentro de ese procedimiento especial dentro del cuaderno reservado de la colaboración eficaz.

La corroboración, a su vez, implica un acto de investigación; es decir, si el colaborador señaló que hay una organización criminal y en esa organización criminal hay una estructura jerarquizada con un cabecilla, un medio mando y sus brazos operadores de esa organización y que además ha señalado que hay números de teléfonos de los que se han comunicado habiendo así comunicaciones por WhatsApp, con esa sola información el fiscal no se queda. Esa información la tiene que desmenuzar y la tiene que comprobar y verificar a través de actos de investigación, a través de levantamiento de secretos de comunicaciones o de interceptaciones de comunicaciones en tiempo real, hasta incluso mediante el levantamiento de secreto bancario, tributario y bursátil. Asimismo, tiene que llamar también a testigos en esa organización que puedan haber observado ese problema.

Entonces, en ese bagaje tiene que establecerse la comprobación, y con todo ese material poco corroborado, recién el colaborador podrá obtener un acuerdo de colaboración final y dependiendo de la eficacia y de la potencia de su colaboración, establecerse justamente un acuerdo final que debe ser aprobado por el juez a través de una sentencia absolutoria o una sentencia de pena mínima y con una reparación civil razonable.

El otro marco es que, cuando ya haya alcanzado esa colaboración como tal; es decir, cuando ya se tiene una sentencia conformada y ha sido corroborada la colaboración, el colaborador se convierte en un testigo colaborador, lo que la doctrina lo conoce como testigo impropio.

Por ende, si es testigo impropio, puede ser llamado al juicio oral y en el juicio oral sí tiene que ser examinado y contra examinado con todas las reglas del proceso; es decir, tiene que juramentar y tiene la obligación, de acorde al artículo 262 y 263, de decir la verdad a las preguntas que se le formulen, y además en el contrainterrogatorio la otra parte tendrá que examinarlo y contra examinarlo.

Ahora bien, en el escenario de la etapa de la investigación preparatoria, el colaborador sin duda alguna también puede ser examinado, pero conforme a que ya se haya pronunciado en una sentencia de Sala Suprema Especial; pues esta ha establecido que mínimamente para que pueda ser interrogado en la etapa intermedia debe tener al menos una sentencia o un acuerdo de colaboración eficaz.

Esto último también riñe con el tema del trastocamiento al ordenamiento procesal, por eso sí puede declarar, pero en una anticipación de prueba; es decir, en la prueba anticipada se aplican las mismas reglas del juicio oral, pero cuando ya es un colaborador y cuando ingresa propiamente como un testigo impropio, pero estando todavía en colaboración eficaz como colaborador o como aspirante, de ninguna manera se aplican, porque se corre el riesgo incluso de que no se haya podido comprobar la información o la delación que se haya alcanzado.

8. Conclusiones

Una vez visto esos temas fundamentales, se señala y se establece que la colaboración eficaz sí es una herramienta sumamente valiosa y eficaz, importante para el proceso, y más aún, si se ha alcanzado a homologar la colaboración y se ha logrado que ese colaborador sea ya un testigo colaborador o un testigo impropio, su tratamiento como colaborador es sumamente importante.

No se sacrifica ningún derecho al contradictorio ni se lesiona el debido proceso o el derecho de defensa; puesto que conforme a las reglas de la sentencia del caso *Norin Catriman*, lo que se establece como garantía, y así también lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es que, en cualquier etapa del proceso, se le debe dar la oportunidad al imputado para que interrogue y contrainterrogue al testigo protegido o al colaborador.

En este caso, si hay un colaborador y es llamado, sea en etapa de investigación preparatoria a través de una anticipación de prueba, el imputado puede interrogar o conainterrogar, incluso en el juicio oral.

Etapas de la audiencia inicial según el NCPP*

Rafael Vega Llapasca**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Audiencia inicial del Proceso Penal peruano / 3. Finalidad de las audiencias iniciales / 4. Objetivo de las audiencias iniciales / 5. Detención Preliminar judicial / 5.1. Plazo de la detención preliminar judicial / 5.2. Facultades y Funciones del Juez de la Investigación Preparatoria durante la detención preliminar judicial / 6. Incomunicación en casos especiales / 7. Detención en flagrancia / 7.1. Trámite del procedimiento para los delitos de flagrancia / 8. Apelación a las detenciones preliminares. / 9. El impedimento de salida del país / 10. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Las audiencias iniciales en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano son una etapa crucial del proceso penal, ya que en ellas se determina si existe mérito para abrir un juicio oral. Durante esta etapa se lleva a cabo la presentación de la acusación por parte del Ministerio Público y se decide cuáles pruebas serán admitidas en el juicio.

Este modelo acusatorio en la legislación procesal penal implica a figuras jurídicas que deberán tener la responsabilidad de celebrar acuerdos con el imputado, en tanto, siempre se prescinda de la actividad probatoria. El Código Procesal Penal engloba los procedimientos para darse una correcta audiencia preliminar en las cuales el presente artículo detallará.

* Ponencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Técnicas de litigación oral. Curso Especializado en Técnicas de interrogatorio y conainterrogatorio, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 08 de abril del 2023.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y miembro del Colegio de Abogados de Lima. Cuenta con estudios completos en la Maestría en Ciencias Penales de la UNMSM, además de haber sido docente en la referida casa de estudios en el 2015 para el curso Derecho Penal IV, así también es un destacado expositor y capacitador en temas de derecho penal, derecho procesal penal y litigación oral.

Sin embargo, para los diferentes ámbitos en que se deba desarrollar estos lineamientos, se tendrá en cuenta que aquellas medidas presentan cuestiones como la libertad del imputado que influirá en los procesos que deba seguir el abogado. Asimismo, esto influye en la celeridad del proceso con una mejor preparación a los casos dando mayor importancia a la primera etapa que es la audiencia preliminar.

2. Audiencia inicial del Proceso Penal peruano

En principio hablar sobre técnicas de litigación y litigación oral es uno de los temas principales que introdujo el doctor Mario Rodríguez Hurtado conjuntamente con la reforma procesal penal y, esto a veces ha sido malinterpretado ya que últimamente de alguna manera se ha desprestigiado la litigación oral. Esta técnica de la litigación oral, que está más emparentada con el arte, la oratoria y la dialéctica, implica dos reglas principales.

El doctor Rodríguez Hurtado decía lo siguiente: "Ni mudos, ni improvisados"; asimismo, un profesor sanmarquino, el doctor Castillo Hunteros, refería lo siguiente: "Yo he tenido alumnos que han sido ciegos, tetraplégicos, o tenían capacidades distintas, pero lo que nunca he tenido es un alumno que vaya a ser un abogado mudo", ya que la oralidad es muy importante en este sistema implementado en Lima.

Esto se refiere a que, si un abogado no sabe explicar, oralizar y dar por sentada sus ideas lo que implica convencer, de ninguna manera se podría lograr arribar a un resultado, pero la litigación en el sistema peruano no es como en el sistema americano. Esto se refiere a un proceso con jueces, personas profesionales en derecho que debatirán y decidirán el caso, lo contrario implicaría desconocer y fabular respecto al proceso. Por lo tanto, para que se logre establecer la llamada, verdad procesal, dentro de la teoría general del proceso no solamente se tendría que expresar las ideas. Entonces, se reitera lo dicho por el doctor Rodríguez Hurtado que no se puede ser mudo y no se puede ser improvisado.

El término de improvisado se refiere a que, en el antiguo sistema, dado lo desnaturalizado de ese procedimiento mixto, muchas veces se actuaba de manera mecánica. Por ejemplo, antes de la prisión preventiva, que suele ser un tema muy comentado desde la implementación del Nuevo Código, existía lo que se llamaba el mandato de detención, que es una medida coercitiva de naturaleza personal y podría afectar la libertad del investigado, no tenía que ser requerida por el Fiscal, ya que que podía adoptarla el juez de mutuo propio sin siquiera avisar y sin realizar una audiencia. Actualmente, ya establecida la dinámica del Nuevo Código las garantías del investigado, puede parecer irrisorio, pero eso ocurría hace apenas diez o doce años.

Este mandato de detención no era necesario que se discutiera en audiencia ni que sea prevenido por el fiscal y que el juez era el que decidiese el caso. Por ello, eso obligaba a los abogados que sean responsables a tomar las previsiones y estar pendiente de la formalización, donde ni siquiera en el antiguo Código tenía que ser notificada al investigado, ya que lo notificaban al juez. De manera, que el abogado tenía que estar pendiente de cuando llegara esa formalización al juez, y él abriera o no instrucción, ya que no había audiencia de presentación de cargos como es en los últimos rezagos del Código de procedimientos penales. Asimismo, cuando el juez tomaba el caso podía formalizar en ese momento o rechazarlo lo cual era muy poco común, y por ello en esa dinámica se debía de estar muy atento.

Actualmente en el Código Procesal Penal del 2004, esa improvisación anteriormente comentada, queda de lado porque desde el primer momento el abogado defensor cuenta con todos los elementos de convicción y las actuaciones donde podrá participar en todas las diligencias programadas por el despacho fiscal para ejercer adecuadamente los derechos del investigado.

Uno de estos primeros acercamientos al proceso, por lo general, en los casos emblemáticos serían las audiencias iniciales. Como se sabe hay tres fases del proceso penal: investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral.

La etapa más importante es la investigación preparatoria, lo cual hace referencia a no ser improvisados. De manera que en esta etapa se debe conocer los hechos y obtener un alcance absoluto de todo lo que ocurrió en el proceso y tener bien determinada la base legal aplicable al caso. No solo se habla del derecho penal sustantivo sino de derecho procesal penal, incluyendo la parte general en el cual el abogado debe tener dominio de las instituciones de la parte general, lo que expresa el Código y también la doctrina, y también de la parte especial porque los tipos penales poseen distintas características que suelen ser confundidas por el abogado o por el fiscal. De manera que para ello está la defensa, y en caso que el Ministerio Público no haya sabido encausar o establecer adecuadamente la imputación, esta pueda ser debatida y realizar una adecuada imputación.

3. Finalidad de las audiencias iniciales

Las audiencias iniciales tienen varios objetivos. Por lo general, son aquellas que inciden en la libertad del investigado, ya que, como se sabe, ellas poseen tres fases: investigación, la preparatoria, etapa intermedia y juicio oral. Durante la investigación preparatoria existen dos sub-bases: las diligencias preliminares, que son actos urgentes e inaplazables que logran establecer el vínculo de una persona al hecho delictivo; y la investigación

formalizada, donde ya se ha tomado la decisión de que, habiéndose individualizado estos dos conceptos, se logre el pronunciamiento final del Ministerio Público, en este nivel, a través de actos especializados de investigación

Las audiencias iniciales son aquellas en las cuales participará la defensa, el investigado, el fiscal y el juez, ya que antes de ello solamente son diligencias en las cuales se puede participar como abogado defensor. Sin embargo, cuando se habla de una audiencia significa que ya se va a debatir una pretensión, generalmente en estas audiencias iniciales lo que se discute son circunstancias que inciden en la libertad del investigado, las cuales pueden ser una detención preliminar inicial, una detención en flagrancia, o está desnaturalizada institución tiene una medida coercitiva, pero se ha vuelto prácticamente una medida de restricción de derechos a través de una interpretación errónea de impedimento de salida del país.

4. Objetivo de las audiencias iniciales

En primer lugar, el juez de control, es decir, el juez de la investigación preparatoria, el juez de garantía tiene que determinar la legalidad de la detención o de la afectación a la libertad del investigado, en caso que el imputado haya sido detenido en flagrancia o por el supuesto caso urgente, lo que se ha expresado en la audiencia preliminar judicial. En segundo lugar, informar al imputado que existe una investigación en su contra. Esto se cree absolutamente incorrecto ya que la propia jurisprudencia peruana señala que no se debe detener para investigar, sin embargo, de acuerdo a lo que muchas veces postula el Ministerio Público, en determinadas circunstancias es imperativo que lo primero que se haga es detener y ahí se notifique al investigado, pero se entiende que en el caso del Ministerio Público puede haber organizaciones criminales o casos de excesivo peligro o posibles casos de elusión a la acción de la justicia, por los cuales se tenga que detener antes de que siquiera se tenga conocimiento o existencia del caso.

En tercer lugar, dictar medidas cautelares, ese era el caso. Esto se da únicamente si se llega a la formalización y se incidirá no solamente en circunstancias de restricciones de derecho sino también en medidas coercitivas, es decir, medidas asegurativas de lealtad al proceso. En cuarto lugar, determinar si el imputado quedará sometido al proceso, que se da con la formalización, y por último, establecer el plazo para la investigación complementaria, es decir, para la investigación formalizada.

Se sabe que existen determinados plazos ya sea para el proceso común, el proceso complejo o el proceso de los casos de organización criminal que pueden durar entre 30 a 60 días hasta casi 5 años de investigación forma-

lizada, más 3 de investigación de diligencias preliminares. De manera que se podría sostener que en un caso de organización criminal puede llegar a 8 años de investigación preparatoria. Si bien es cierto que la cantidad es elevada, el Ministerio Público señala que es necesario para arribar a un buen resultado

5. Detención Preliminar judicial

Cuando se refiere a la detención preliminar judicial, que está regulada en el artículo 261 del Código Procesal Penal, es entendida como una medida excepcional y provisional, ya que no en todos los casos puede haber una detención preliminar judicial y solo se da cuando las circunstancias lo lleven a partir de la urgencia de lograr los objetivos o de que no se pierda el objetivo a investigar, se tenga la necesidad fundamentada especialmente en el pedido fiscal como en la resolución judicial que dé esta medida. Asimismo, con el término provisional se refiere a que tiene un tiempo determinado ya que esto no puede durar lo que se le ocurra al fiscal. Esta medida sirve para restringir o privar la libertad de un investigado o denunciado para asegurar su permanencia en los actos de investigación o en diligencias urgentes y necesarias.

El papel del abogado en este caso es apersonarse o acercarse al lugar donde está la persona privada de su libertad que no será en un centro penitenciario ya que esta medida no es coercitiva. Esto únicamente depende de la Policía y del Ministerio Público los cuales se dan generalmente en establecimientos especiales como la Prefectura. Esta restricción de derechos implica que en cualquier momento el abogado puede acercarse al investigado, pues esto no está regido por el INPE o algún establecimiento penitenciario, sino que está regido por la propia Policía Nacional del Perú, es así que tiene que brindarse todas las garantías para que se ejerza adecuadamente la defensa.

El juez de la Investigación Preparatoria a requerimiento del Fiscal y sin un trámite y teniendo a la vista las actuaciones emitidas por aquel, dicta mandato de detención preliminar cuando, en primer lugar, existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a 4 años. Esto es importante, ya que, hay un conjunto de delitos que tiene como pena privativa de la libertad menos de 4 años, entonces en esas, bajo ninguna circunstancia se debe imponer una detención preliminar. En segundo lugar, cuando el sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención, es decir, cuando hay una sospecha de que el detenido pueda escaparse y, en tercer lugar, cuando el detenido se fugare de un centro de detención preliminar. Bajo estas tres circunstancias es que se impondrá esta medida restrictiva de libertad.

5.1. Plazo de la detención preliminar judicial

La detención policial solo dura un plazo de veinticuatro (24) horas o el término de la distancia.

La detención preliminar puede durar hasta setenta y dos horas bajo ciertas previsiones, es decir, cuando haya una cierta fundamentación por parte del Ministerio Público. Excepcionalmente, si subsisten los requisitos establecidos en el numeral 1 del artículo 261 del presente Código y se presenten circunstancias de especial complejidad en la investigación, puede durar hasta siete días. Por ejemplo, esto se cumple en un caso que haya pena pluralidad de diligencias urgentes inaplazables como en los actos de corrupción, lavados de activos y en casos de violación sexual que existen diversas diligencias como la cámara Gesell, examen psicológico a la víctima, examen psicológico al investigado, etc.

En los delitos cometidos por organizaciones criminales, la detención preliminar o la detención judicial por flagrancia puede durar un plazo máximo de hasta diez días; es decir, cuando existan diversas diligencias de alta complejidad. Cuando se habla de organización criminal rápidamente se traslada a los casos emblemáticos, pero también a los casos violentos de bandas organizadas u organizaciones criminales de naturaleza violenta que puedan incidir en casos de robo o extorsión.

Sin embargo, por ejemplo, en un caso de lavado de activos el cual no tiene una naturaleza violenta, pueden tener a las personas detenidas diez días cuando las diligencias poseen un grado de complejidad que obviamente sobrepasa este término, parece un poco exagerado ya que todo debe venir debidamente fundamentado.

La detención policial o la detención preliminar puede durar hasta un plazo no mayor de quince días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas. Este último delito siendo un hecho delictivo el cual presenta una incidencia altísima en el país y es muy castigado por la comunidad internacional, se lo "justifica" porque se hace esto una y otra vez y no se logra un resultado concreto, entonces esto se daría de mejor manera si se despenalizara la legalización.

En los casos de espionaje son poco comunes, pero suelen ocurrir en la parte sur del país que es donde suceden, y en los casos de terrorismo se presenta como en el MOVADDEF. En estas circunstancias los plazos de detención son no mayor a 15 días naturales lo que hace ver "justificado" por la complejidad y gravedad de los tipos penales que se está investigando. En todo momento el juez debe controlar que esta decisión cumpla o respete los

derechos de los investigados. En cada uno de estos delitos, los detenidos deben pasar por un examen médico los cuales establecen si se encuentra bien de salud para continuar con esta circunstancia y en todo momento la persona pueda tener acceso a su registro.

5.2. Facultades y Funciones del Juez de la Investigación Preparatoria durante la detención preliminar judicial

Las facultades del juez durante la detención preliminar judicial es que él está especialmente facultado para adoptar las siguientes medidas. La primera, es constituirse a requerimiento del detenido al lugar donde se encuentra el detenido y averiguar los motivos de la privación de la libertad, el avance de las investigaciones y el estado de su salud. En caso de advertir la afectación indebida del derecho de defensa o de irregularidades que perjudiquen gravemente el éxito de las investigaciones, pone tales irregularidades en conocimiento del fiscal del caso, sin perjuicio de comunicar lo ocurrido al fiscal Superior competente o al fiscal coordinador. El fiscal dictará las medidas de corrección que correspondan, con conocimiento del Juez que intervino.

En segundo lugar, el juez puede disponer el inmediato reconocimiento médico legal del detenido, en el término de la distancia, siempre y cuando el fiscal no lo hubiera ordenado, sin perjuicio de autorizar en cualquier momento su reconocimiento por médico particular. Es decir, va a pasar siendo un reconocimiento médico obligatorio o de rigor por parte del Estado, pero eso no limita a que el médico particular no pueda atender y revisar al detenido, y que pueda establecer criterios para determinar su estado de salud. El detenido tiene derecho, por sí solo, por su abogado o por cualquiera de sus familiares, a que se le examine por médico legista o particulares, sin que la Policía o el Ministerio Público pueda limitar este derecho. Es decir, un médico particular puede ingresar al establecimiento donde esté privado de la libertad, la persona y pueda dar un diagnóstico.

En tercer lugar, el juez puede autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República, después de haber efectuado los reconocimientos médicos, previo pedido fundamentado del fiscal, cuando la medida sea estrictamente necesaria para el éxito de la investigación o la seguridad del detenido. Esto se ha visto bastante para los casos de corrupción, tráfico ilícito de drogas, por ejemplo, como ha ocurrido en el caso de las personas que estaban vinculadas al partido político Perú Libre.

El tráfico ilícito de drogas, lavado de activos de diversa índole se ha visto en casos de provincia que después se han trasladado. La duración de dicho traslado no puede exceder del plazo señalado en el primer párrafo

de este artículo y debe ser puesto en conocimiento del fiscal y del juez del lugar de destino. Ahora también existe lo que es llamado el "término de la distancia", esto se refiere a la distancia que puede tomar el traslado de la persona desde que ha sido detenida hasta el lugar donde va a continuar su detención.

En cuarto lugar, dentro del plazo de detención determinado por el Juez, el fiscal decide si ordena la libertad del detenido lo cual es muy poco común, o si comunicando al juez de la investigación preparatoria la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa. Estas pueden ser la medida de comparecencia o en general, si ya se detuvo o se hizo una detención preliminar es común que el siguiente paso sea dar la prisión preventiva.

En quinto lugar, al requerir el fiscal en los casos señalados en los incisos anteriores la prisión preventiva del imputado, la detención se mantiene hasta la realización de la audiencia en el plazo de cuarenta y ocho horas, es decir, si la audiencia no se da dentro de las cuarenta y ocho horas se liberará al detenido. Esto no siempre ha ocurrido como, por ejemplo, en el caso del MOVADEF cuyas personas vinculadas fueron detenidas, y una vez vencida la detención preliminar judicial estuvieron encerradas todo el tiempo que duró la audiencia de la prisión preventiva que fue en un plazo de dos meses, lo que de cierta manera desnaturaliza este tipo de reglas. Debido al hecho de mantener a una persona por más de dos meses en un centro que es de emergencia como la Prefectura, donde las carceletas son precarias da un despropósito y debe ser regulado de mejor manera.

6. Incomunicación en casos especiales

En casos especiales, sucede la incomunicación y la persona no puede recibir a alguien por los delitos de espionaje, tráfico ilícito de drogas, terrorismo o por un delito sancionado con pena privativa de la libertad mayor a seis años, el fiscal podrá solicitar al juez de la investigación preparatoria que decrete su incomunicación, siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados por un plazo no mayor a diez días, siempre que no exceda el de la duración de la detención. El juez deberá pronunciarse inmediatamente y sin trámite alguno sobre la misma, mediante resolución motivada

En segundo lugar, la incomunicación no impide las conferencias en privado entre el abogado defensor y el detenido, es decir, la incomunicación no impide que la persona pueda al contacto de su defensa por lo que su defensa puede verlo en todo momento.

7. Detención en flagrancia

Se habla de flagrancia para los siguientes casos. En primer lugar, cuando el agente es descubierto en la realización del hecho y un tercero lo está viendo o está registrando ese hecho. De acuerdo a lo que interpreta el Código Procesal Penal esto no sería considerado del todo en flagrancia, ya que según el artículo 259 se refiere a flagrancia a que, en primer lugar, el agente es descubierto a través de un hecho punible. En segundo lugar, también cuando el agente acaba de cometer un hecho punible, es decir, si se ve a una persona con un cuchillo ensangrentado, la ropa ensangrentada y más allá un cadáver, esta persona acaba de cometer un hecho punible y con lo conceptualizado según el Código Penal sería en flagrancia.

En tercer lugar, cuando el agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro horas de producido el hecho punible.

En cuarto lugar, también será denominado en flagrancia cuando el agente es encontrado dentro de las veinticuatro horas después de la perpetuación del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubiesen sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo como las heridas, o en su vestido como la ropa rajada o ensangrentada, que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

Asimismo, la Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito o denominando cuasi flagrancia vistos en el listado anterior

7.1. Trámite del procedimiento para los delitos de flagrancia.

El procedimiento correcto para los casos, en estricto, de flagrancia, es el siguiente. En primer lugar, el fiscal puede requerir al juez de la investigación preparatoria dentro de las doce horas de producida la detención efectiva por la Policía Nacional, la emisión del mandato de detención judicial hasta por un máximo de siete días, cuando por las circunstancias del caso, se desprenda cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad. En los delitos cometidos por organizaciones criminales la detención judicial por flagrancia puede durar hasta un plazo máximo de diez días.

En segundo lugar, el juez antes del vencimiento de las veinticuatro horas de la detención, realiza la audiencia de carácter inaplazable con asistencia obligatoria del fiscal, el imputado y su abogado defensor. El fiscal dispone el traslado del imputado a la audiencia, bajo custodia de la Policía Nacional. Rigen los numerales 1,3 y 6 del artículo 85.

Por consiguiente, una vez instalada la audiencia y escuchados a los sujetos procesales, el juez debe pronunciarse mediante resolución motivada sobre la legalidad de la detención del imputado conforme al artículo 259, sobre el cumplimiento de los derechos contenidos en el numeral 2 del artículo 71, y finalmente sobre la necesidad de dictar la detención judicial, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público

De manera continua, si en la audiencia, el juez advierte que se ha vulnerado los derechos fundamentales del investigado o se le ha detenido en forma ilegal, sin perjuicio de lo resuelto, remite copias al órgano de control del Ministerio Público y a inspectoría de la Policía Nacional del Perú.

Además, dentro del plazo de detención judicial, se pone al detenido a disposición del juez de investigación preparatoria para determinar si dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva. Si el juez declara improcedente el requerimiento de detención judicial, el fiscal, vencido el plazo de detención policial, dispone lo que corresponda.

El presente artículo no es aplicable para los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. Tal como se presenta estas audiencias primigenias inciden mucho sobre la libertad del investigado y determina plazos con términos bastante breves, para el abogado en los casos de no encontrar estos determinados términos se pregunta cómo se debe actuar.

En primer lugar, se debe tener los conceptos bien comprendidos e identificar cuáles de los tantos folios recibidos realmente contiene incidencia para el investigado.

Asimismo, se debe conocer los hechos que se le están atribuyendo, leer las disposiciones que solicita la detención y la que otorga esta facultad al fiscal por parte del juez. Por lo general, no existe un desarrollo bastante elaborado en ese tipo de circunstancias, por lo mismo que son casos que se desarrollan de manera rápida y no hay desarrollo altísimo ya que si no se pediría otro tipo de medidas.

Por consiguiente, también se debe conocer al derecho, pues se debe conocer en primer momento si el presente caso es común o es un proceso complejo de corrupción, de organización criminal, las cuales estos temas

poseen otras reglas dentro del proceso penal y, para el término complejo se presentan otros plazos. De esta forma, el abogado debe establecer una adecuada barrera de defensa para su defendido.

Desde la perspectiva fiscal, este no requiere de estas acotaciones porque lo declaró o la norma ampara este pedido. Este tipo de circunstancias son excepcionales de manera que si van a requerirlas, es porque les resguarda la razón, ya que este tipo de medidas se da cuando se pide una prisión preventiva, entonces cuando se expone los hechos debe ser el producto de un trabajo que posea bastante data y sea lo suficientemente comprensible.

Asimismo, la norma que lo ampara pueda sustentar este pedido y el que posteriormente se va a realizar. Este tipo de medidas se da por lo general, cuando se va a solicitar una prisión preventiva

8. Apelación a las detenciones preliminares

Según las normas existe un procedimiento para apelar contra estas detenciones preliminares. Primero, contra el auto de la Detención Preliminar Judicial y los que decreten la incomunicación y detención judicial en caso de flagrancia procede recurso de apelación. El plazo para apelar es de un día. La apelación no suspende la ejecución del auto impugnado. Es decir, en esta apelación solo se tiene veinticuatro horas para plasmar en un documento, en un petitorio, el pedido de revocar esta decisión.

Segundo, el Juez eleva en el día los actuados a la Sala Penal, la que resuelve previa audiencia dentro de las cuarenta y ocho horas de recibidos los autos. Por lo que uno debe de hacerlo de la manera más inmediata y tratar de convencer, por lo general es complicado porque cuando se llega a programar la audiencia, el fiscal dispone que ya se ha formalizado la investigación, ya se ha hecho el requerimiento de prisión preventiva, por lo cual por sustracción de la materia esta apelación ya no debe ser discutida, lo cual esto llega a ser bastante debatible porque la persona continúa detenida, por ello, mientras no se ha llegado a determinar la prisión preventiva, esta apelación debería discutirse; sin embargo, solo queda a criterio de los jueces y fiscales.

9. El impedimento de salida del país

Otra medida que incide dentro de la libertad del investigado está desnaturalizada el impedimento de salida del país. Se dice que está desnaturalizada porque el impedimento de salida del país fue en un primer momento una medida coercitiva personal que incidía únicamente cuando se formalizó la investigación. Sin embargo, en el Acuerdo plenario 03-2019 esto se amplió

para las diligencias preliminares y se señaló que siendo esta medida de naturaleza asegurativa de vinculación al proceso, se veía como imprescindible que esta también se actuará durante las diligencias preliminares.

Para ello se recurrió a la norma Ley 27379, ya derogada, que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares.

Es decir, la Corte Suprema ha recurrido a una norma derogada para regular una institución de un código para las exposiciones complementarias del Nuevo Código señala que ya debería derogarse todas las normas que puedan entrar en conflicto con el Código Procesal Penal, pero en este punto ha primado la prevención y la búsqueda de la verdad procesal de lograr los mejores resultados para las investigaciones y esto ha incidido en la responsabilidad que pueda llegarse al investigado.

De manera, que esto hace que se recorten ciertos derechos de la persona, sin embargo, es importante discutir cuándo realmente es idóneo aplicar estas medidas de esta naturaleza, ya que todas ellas tienen una característica excepcional, pero esta presenta una mayor data que puede adoptarse hasta 36 meses, y dependiendo de la naturaleza del delito esta puede ser apelable en tres días, a diferencias de las otras dos anteriores que solo se da en un plazo de veinticuatro horas.

10. Respuestas a las preguntas del público

10.1. En las diligencias preliminares, ¿en qué casos se puede asegurar los hechos delictivos y darle una finalidad inmediata?

En ninguna, obviamente en todo hasta el momento de la acusación, a partir de determinar las diligencias no se puede hablar de hechos asegurados, siempre se tiene que hablar de supuestos; ya que existe una mala costumbre por parte del Ministerio Público por asegurar aquello mediante errores en la sintaxis, aquello que todavía está bajo investigación.

Asimismo, existen las llamadas pruebas anticipadas, la prueba preconstituida, pero debe entenderse que si todavía se está en investigación, y eso pueda parecer asegurativo y conclusivo, siempre tiene que ser tomado minuciosamente, porque sino se puede optar la acusación directa cuya institución es muy poco recurrida por parte del Ministerio Público.

En los casos de las audiencias preliminares en las cuales se da el primer acercamiento del Fiscal para con el Juez y de la defensa para con este mismo magistrado, todo llega a ser relativo porque es lo más responsable. Si se llega a señalar que existen lesiones o un certificado médico que exija tal

condición, en ese momento, parece incorrecto establecer que un delito se ha cometido.

10.2. ¿Cómo procede la audiencia en los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas?

En estos casos existen quince días de detención preliminar judicial, en los cuales, se realizan las diligencias urgentes e inaplazables y la discusión de la libertad tiene otra raíz. Muchas veces el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo y el espionaje, aunque sea muy poco recurrido, se ciñe a un perjuicio que puede ejercerse en contra del investigado. Sin embargo, la labor del defensor es establecer que a cualquier persona que se le impute le resguarda la presunción de inocencia.

El fiscal tendría que establecer de manera muy fehaciente no solo cuáles son los hechos sino también los riesgos a los cuales se puede conllevar si no se mantienen detenidas a las personas.

Muchas veces la Fiscalía recurre a los argumentos relacionados al peligro, los argumentos que se pueda obtener por el vínculo del delito, el peligro de fuga, entorpecimiento de la actividad probatoria las que a veces son fundados, amenazar a testigos o desaparecer pruebas, pueden darse y estar debidamente fundamentado, pero si no, se logra pretender sostener una detención o una privación de la libertad a través de sospechas no corroboradas o fundamentadas.

10.3. ¿Qué hace el Ministerio Público si el detenido no accede a la prueba de extracción de fluidos, en caso de delitos de embriaguez? Ello para saber el nivel de alcohol en la sangre, ¿lo ordenan aún sin su consentimiento, por medio de la fuerza?

En este caso, existe una norma que aún en contra de su voluntad lograr este tipo de pruebas, era una interpretación extensiva de la norma procesal pero no sería lo correcto ya que da lugar a que se cuestione la prueba.

En ese caso, existe el delito de desobediencia a la autoridad a este tipo de pruebas lo cual agravaría la circunstancia, ya que no solo se hablaría de conducción en estado de ebriedad, sino de otros tipos de delitos que podrían haberse vislumbrado.

Obligar a una persona a hacerse este tipo de exámenes es complicado ya que puede cuestionarse esto en algún momento, y puede que algún juez acceda a este tipo de críticas, es decir, obligar a una persona a hacerse un examen de esta naturaleza, podría generar mayor entorpecimiento a la actividad probatoria. De esta forma, se optaría mejor por la solución que

se utiliza de manera general, el cual es señalar que se está cometiendo un nuevo delito.

REFERENCIAS

Código Procesal Penal, 2004

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, N°27379 Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, Lima: 20 diciembre 2000

SALA PENAL, AP N°03-2019, Lima: 10 septiembre 2019

La biología forense en casos de delitos contra la libertad sexual*

Jorge Hau Camoretti**

Universidad Privada Ricardo Palma

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Los indicios / 3. Espermatología forense / 3.1 Estudio de las manchas de semen / 3.1.1 Examen de semen / 3.1.2. Espermatograma / 3.1.3. Fórmula espermática / 3.1.4. Morfología de los espermatozoides / 3.2. Recojo de indicios / 3.3. Identificación del semen / 3.3.1. La prueba proteína P-30 / 4. El ADN en la identificación humana / 4.1. Estructura del ADN / 4.2. Identificación por ADN / 4.2.1. Análisis de paternidad / 4.2.2. Identificación de individuos / 4.2.3. Análisis de huella genética / 4.2.4. Análisis: Marcador STR / 4.3. Proceso del análisis / 4.4. Muestra para el análisis de ADN / 4.5. Atención a los indicios invisibles / 5. Laboratorio de ADN / 5.1. ¿Para qué sirve la PCR? / 5.2. Huella genética de personas desaparecidas / 5.3. Índice de coincidencia / 5.4. Predicados de Hummel / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Las violaciones en el Perú son un tema muy preocupante y serio, ya que han comenzado a incrementarse enormemente. Por ejemplo, entre enero a marzo del 2022 se registraron 5861 casos de violencia sexual a nivel nacional, sin mencionar todos los casos en proceso ni los que no han sido denunciadas. De esta manera, el análisis de la comprobación de muestras en el caso de una agresión sexual queda en mano de la biología forense.

En dichos casos, lo primero que se debe buscar en la escena del crimen son las manchas, hay de dos tipos: orgánicas e inorgánicas. Lo más relevante

* Ponencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Criminalística y Ciencias Forenses Aplicada al Derecho Penal, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 4 de febrero del 2023.

** Biólogo Forense, Docente universitario de la asignatura Biología Forense en la Fac. Ciencias Biológicas de la Univ. Ricardo Palma, Seminario Forense en la asignatura de Medicina Legal y Patología Forense en Fac. Medicina de la Univ. San Martín, Coronel Bio PNP ®

para lo que compete el día de hoy son las manchas orgánicas, las cuales pueden estar formadas por sangre, semen, orina, sudor, heces, etc. Dichas manchas para los forenses son valiosas, ya que son indicios; es decir, los primeros peldaños de la escalera que conducen a la resolución de un caso.

2. Los indicios

En todos los casos de biología forense aparecen los indicios —también llamados “testigos mudos que no mienten”—. Gracias a ellos, identificamos al autor y la víctima, también donde se encuentran las pruebas de la comisión de un delito y, además, permite hacer la reconstrucción del hecho.

Es por eso que entre el autor y la víctima siempre hay intercambio en el origen de la escena de un delito; o sea, el delincuente va a dejar muestras tanto en la víctima como en la escena del crimen y la víctima también hará lo mismo.

En consecuencia, para que la investigación sea fructífera, es imprescindible que todos los objetos importantes o no que figuren en la escena del delito permanezcan tal como quedaron sucedido el hecho; sin que por ningún motivo o causa se les manipule o cambie de posición.

En el caso de violaciones, generalmente lo que se va a buscar son muestras de semen; de ahí, se busca el ADN correspondiente para finalmente compararlos con el perfil genético de los sospechosos.

3. Espermatología forense

Es la ciencia que se ocupa del estudio de la morfología y bioquímica del semen. Dentro del semen, se encuentran los espermatozoides, células que permitirán identificar al agresor sexual, ya que dentro de ellas se podrá encontrar ADN. Sin embargo, si el criminal es azoospermico (es decir, si no tiene espermatozoides), no podremos encontrar su ADN.

3.1. Estudio de las manchas de semen

Cuando se llega a una escena del crimen, siempre se va a hacer un examen físico.

La mancha cobra un aspecto particular dependiendo de su soporte, por ejemplo: en piel, las manchas son débiles películas brillantes; en telas absorbentes, adquieren el aspecto de una carta geográfica y en telas no absorbentes, forma escamas o películas brillantes. Otra forma de identificar manchas, a pesar de no estar a plena vista, es mediante la luz de wood, tema que se abarcará más adelante.

3.1.1 Examen de semen

Consiste en determinaciones cualitativas o cuantitativas de los espermatozoides y está encaminada a determinar el grado de fecundidad de un individuo.

3.1.2. Espermatograma

Cuando realizamos un espermatograma, en la eyaculación presenta las siguientes características, normalmente: 1.5 a 6 ml, un tiempo de licuación de 10 min, pH de 7.2 a 8, la viscosidad es de 5 a 10 mm, su color es blanco amarillento al grisáceo y el recuento va de 80 a 120 millones de espermatozoides por centímetro cuadrado.

3.1.3. Fórmula espermática

Generalmente, después de una fórmula, se determina que el 80% de los espermatozoides son normales, el 15% posee alteraciones cefálicas, el 1.7% tiene alteraciones intermedias y el 3.3% padece de alteraciones caudales.

3.1.4. Morfología de los espermatozoides

Las morfología promedio de los espermatozoides son los siguientes:

- Longitud: 40 a 50 micras de longitud total
- Cabeza: 4.6 micras
- Cuello: 0.3 micras
- Cuerpo: 4.6 micras
- Cola: 30 a 40 micras
- Movilidad: 50 micras por segundo.

3.2. Recojo de indicios

Cuando se recoge indicios, se debe usar guantes, pinzas y una bolsa de plástico para su transporte lo más pronto posible al laboratorio obstando, si no se llevara de inmediato al laboratorio, es preferible ponerlo en un sobre de papel, ya que a veces las muestras están humedecidas y el medio ambiente genera que se formen hongos y, por lo tanto, cuando la muestra llegue al laboratorio va a estar contaminada.

3.3. Identificación del semen

Las maneras de identificar si la muestra es semen son cuatro, mediante la fosfatasa ácida, mediante microscopio, mediante antígeno específico de próstata y mediante semenogelina.

Para empezar, la fosfatasa ácida es poco específica, además de sensible. En cambio, identificar microscópicamente es certero, ya que se ve la presencia de la forma del esperma. En el caso del antígeno prostático, es normal que se den falsos positivos, ya que se pueden encontrar tanto en el semen como en el sudor y orina de hombres con cáncer de próstata. Por último, el método de la semenogelina, el cual consiste en encontrar RSID en la muestra; de todas las muestras, es la menos sensible.

Recordar siempre que estas son pruebas presuntivas, hay que adjuntar todas para poderlas usar como evidencia, ya que, por ejemplo, se puede encontrar identificación mediante fosfatasa positiva e identificación mediante microscopio negativa; eso quiere decir, que no hay presencia de espermatozoides, pero si líquido seminal.

3.3.1. La prueba proteína P-30

Haciendo una analogía a las pruebas del COVID, son casets donde se hace el macerado de las muestra y se echan ahí unas gotas. Entonces, si se forman dos bandas, indica positivo; una banda, negativo y si no aparecen bandas, significa inválido.

4. El ADN en la identificación humana

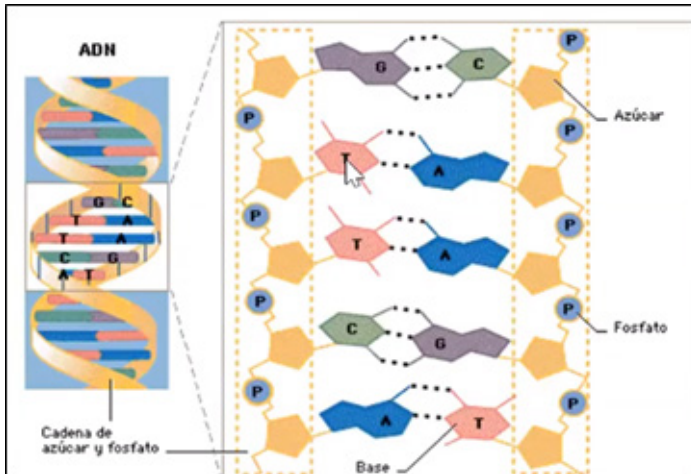
Las muestras obtenidas, durante la investigación, hay que llevarlas ahora al terreno del ADN, ya que, una vez tenido la certeza de que las muestras contienen semen, la pregunta ahora es: ¿de quién? Es ahí donde interviene el ADN en la identificación humana.

Antes de empezar, se debe hacer mención a que, en el núcleo de una celular contiene el 50% del ADN del padre y el 50% de ADN de la madre. En cambio, las mitocondrias de esa misma célula poseen ADN, sí; pero ADN 100% maternal. Por lo que se recurre al examen del ADN mitocondrial cuando el núcleo de la célula se encuentra dañado y su ADN, consecuentemente, degradado; pero siempre recordando las limitaciones de dicho examen.

4.1. Estructura del ADN

Cuando hablamos del ADN, tenemos un alfabeto de cuatro letras. La G (guanina) se va a reunir siempre con C (citosina); a su vez, la T (timina) siempre se van a reunir con la A (adenina). Aquellas cuatro letras se encuentran dentro de todos los organismos vivos.

Figura 1



Nota: La figura expuesta fue utilizada por el doctor Hau Camorretti durante la ponencia "La biología forense en casos de delitos contra la libertad sexual" el 4 de febrero del 2023

La secuencia genética que se ve en la figura 1 corresponde a un individuo. Pero, si en algún lugar de la cadena, invirtiéramos la posición de una pareja de T y A, entonces tendríamos a otro ser diferente. Ya que cada uno de los seres humanos tiene una secuencia única y distinta.

4.2. Identificación por ADN

El ADN es una polimórfica y permite la identificación inequívoca de individuos, aunque siempre existen excepciones. Uno de ellos es el caso de los gemelos univitelinos, comúnmente conocidos como gemelos, y el caso de los gemelos fraternos; es decir, mellizos. Sin embargo, en dichos casos, gracias a avances tecnológicos, se ha podido identificar de manera exitosa al poseedor de cierta muestra de ADN, recurriendo esta vez a la comparación mitocondrial, ya que ahí se encuentran más características particulares del individuo.

A pesar de lo anterior, en la búsqueda de la identificación efectiva, nunca hay resultados completamente precisos. En los resultados de ADN siempre se encontrará con aproximaciones del 99.99%, pero nunca se ha llegado al 100% de similitud entre muestras.

4.2.1. Análisis de paternidad

Existen dos maneras de determinar la paternidad comparando ADN. La primera forma es la directa, que sucede cuando se comparan los ADN del hijo con el presunto padre. El segundo método es la indirecta, que consiste en comparar el ADN del hijo con el ADN del algún hermano, sobrino, papá, tío o cualquier familiar varón del presunto padre.

4.2.2. Identificación de individuos

Este análisis es requerido sólo a nivel forense y se usa para tres fines: identificación de sospechosos por medio de evidencias encontradas en una escena del crimen, identificación de sospechosos en caso de violación e identificación de restos biológicos en caso de desapariciones.

4.2.3. Análisis de huella genética

En el caso de este análisis, se debe tener bien en claro cuatro partes: la toma de muestra, la extracción, la amplificación y el resultado. Si el proceso de análisis de huella no es debidamente cumplido respecto a las normas establecidas en su respectivo país, no se tomará en cuenta como evidencia en un caso jurídico.

4.2.4. Análisis: Marcador STR

Cuando se desea investigar un marcador STR a profundidad, se recurre a una técnica conocida como “amplificación por PCR”, el cual consiste en hacer reaccionar la cadena de polimerasa. Como consecuencia, el ADN se amplifica, lo que facilita la identificación de alelos; es decir, identificamos los patrones de un ADN.

El sistema HLA-DQUA1 y PM fue el conjunto de los primeros marcadores que se aplicaron a nivel mundial —en total, fueron seis tipos de marcadores—; no obstante, el margen de error era demasiado como para ser determinante al momento de sentenciar a un sospecho a cadena perpetua o a pena de muerte.

Debido a la problemática anteriormente mencionada, tuvo que ampliarse el número de marcadores utilizados para identificar a un sujeto. En sus inicios, era el conjunto de trece marcadores que se aplicaban; actualmente, son veinticuatro. La mayoría de estos marcadores están basados en el ADN no codificante. Como dato, un importante marcador es el TH01, el cual brinda una noción del lugar de origen un sujeto, dato muy relevante a la hora de identificar a un criminal en el extranjero.

4.3. Proceso del análisis

En primer lugar, se realiza la recolección de las muestras, las cuales se encuentran en la víctima, en el sospechoso y en la escena del crimen. Luego, mediante diferentes métodos químicos, se extrae el ADN para después cuantificarlo (la cuantificación revela si el ADN es humano o no). Más adelante se amplifica la muestra, logrando así, transformar un fragmento de ADN en muchas copias de esta. Seguidamente, se determina el perfil genético del portador mediante la intervención de un analista especializado. Por último, los resultados son entregados a un perito biólogo para su interpretación con la finalidad de dictar, gracias a frecuencias polares que se han establecido, a quién corresponde dicho ADN.

4.4. Muestra para el análisis de ADN

Los lugares donde podremos encontrar muestras en una escena del crimen serían la sangre, semen, saliva, manchas, tejidos, pelos, secreciones nasales y células epiteliales.

Al inicio, comenzando la búsqueda, la sangre es una muestra muy recomendable; sin embargo, las transfusiones de sangre o los trasplantes de médula interfieren a la hora de identificar a la persona, ya que la comparación saldría defectuosa. En estos casos, se recurre a la comparación de glóbulos blancos.

4.5. Atención a los indicios invisibles

En diversas ocasiones las muestras no van a estar a plena vista. Por ejemplo, se encontró un pantalón en la escena del crimen y este tiene indicios de poseer muestras de semen.

Por lo tanto, lo recomendable sería llevarlo a examinar; sin embargo, ¿en qué parte de toda la prenda se encuentra la muestra? Para responder esta pregunta sin recurrir al azar, se hace uso de las lámparas de Wood, las cuales permitirán visualizar la ubicación del semen invisible en la prenda. De esta manera, se ahorra la molestia de ir examinando cualquier otra zona que indudablemente dará negativo. Por último, una vez obtenida la muestra, se la envía al laboratorio.

5. Laboratorio de ADN

En el laboratorio es donde se cuantifica el ADN, aquello permitirá saber si el ADN está bueno o no, si es de un ser humano o no, entre otras cosas.

5.1. ¿Para qué sirve la PCR?

Como se ha mencionado anteriormente, el PCR sirve para amplificar fragmentos de ADN. Luego, de esa pequeña secuencia, van a salir muchas copias del mismo, con la finalidad de identificarlos con facilidad.

5.2. Huella genética de personas desaparecidas

Cuando se obtiene una muestra, se debe recordar que en el ADN del núcleo celular se encuentra el 50% del ADN del padre y el 50% del ADN de la madre. Por lo que sabiendo esto, se procede a comparar.

Por ejemplo, si comparamos una muestra de sangre, una muestra de hueso y una muestra de hisopado, y las tres muestras coinciden, entonces se concluye que las tres muestras obtenidas pertenecen a una misma persona.

Además, dicha muestra se puede homologar con los supuestos padres; en estos casos, si el 50% del ADN de la mamá coincidiera con la mamá y el resto del ADN coincidiera con el papá, se podría afirmar que las muestras corresponden a su hijo.

5.3. Índice de coincidencia

Aquí es donde se medirá la frecuencia poblacional; es decir, ¿cuál es la probabilidad de encontrar otra persona con el mismo perfil genético?. Por ejemplo, si se hace un grupo sanguíneo en el Perú, por cada 100 peruanos, 78 son grupo O; pero aquellas 78 personas no necesariamente son familiares.

Cuando se aplican nueve marcadores a una muestra de ADN, la probabilidad de encontrar a una persona con igual patrón genético es de $1/113\ 862\ 565\ 867$; es decir, para encontrar una persona que presente exactamente los mismos resultados que tú en los nueve marcadores, tendrías que buscar a 16 veces más personas que los que existen en todo el planeta Tierra.

Actualmente, se trabaja con 24 marcadores.

5.4. Predicados de Hummel

Cuando se compara el ADN de un hijo con el de su presunto padre, pueden salir diversos resultados. En base a los porcentajes de coincidencia tenemos:

- Indicación de paternidad: Mayor al 70%
- Paternidad probable: Mayor al 90%
- Paternidad muy probable: Mayor al 95%

- Paternidad altamente probable: Mayor al 99%

- Paternidad prácticamente probada: 99.99%

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿Cuáles serían las principales enfermedades a buscar en una víctima de agresión sexual?

Aquellas enfermedades que se puedan transmitir a una víctima de agresión sexual, no van a ayudar a identificar al agresor. Porque aun cuando se identifica la enfermedad (por ejemplo, sífilis) y dicha enfermedad también posea el sospechoso, no se puede afirmar que el fue el transmisor; ni, por lo tanto, el culpable. Desde el punto de vista forense, la enfermedad no es un criterio para identificar a una persona.

Ahora, a nivel clínico sí se podría analizar a nivel molecular la enfermedad para conocer qué tipo o qué variante de dicha enfermedad carga el sospechoso. Por ejemplo, se podría identificar qué tipo de variable del VIH tiene; si es transmisor del papiloma humano, se puede averiguar si su tipo es 16 o 18.

Pero aun habiendo obtenido coincidencia en el tipo de enfermedad, no sería tan útil para identificar personas, ya que el grupo de personas portadoras de variables específicas también es muy amplio.

6.2. ¿Se puede denunciar un caso de abuso sexual después de mucho tiempo?

Generalmente, el tiempo que transcurre para hacer un examen de ADN no es una limitante. Una vez se tuvo un caso donde se encontró en un pantalón una muestra después de 6 meses del abuso sexual y fue perfectamente examinado. Sin embargo, si no hay con qué comparar dicha muestra, no se puede hacer nada.

6.3. ¿Qué especificaciones o criterios son importantes para el fiscal a la hora de evaluar y analizar las muestras de sangre en una investigación por violación?

En primera instancia, hay que tomar muestras. Después, si en dichas muestras encontramos sangre, tendremos que distinguir si esa sangre corresponde a la víctima o al victimario. Es por eso que hay que tomar adecuadamente la muestra.

En el caso de una violación, si encontramos un condón en la escena del crimen. entonces podremos identificar al agresor utilizando dos hisopos. Con

el primero, se analizará la parte interior del preservativo; con la segunda, la parte exterior. De esa manera, sabremos que el preservativo fue usado con la víctima y quién fue el agresor.